一五一十周刊

NO.117
2013年8月2日

张千帆：言论自由的宪法边界 | 吴飞：从“明显而即刻的危险”规则看美国的言论自由

贺越明：美国“言论自由”的边界何在 | 谌洪果：言论自由与权力边界：评吴虹飞因言受罚

“危言耸听”有罪吗？
——从吴虹飞案谈起

有罪?



编者的话

在微博上发言称要“炸掉建委”，究竟是否有罪？最近，歌手吴虹飞因这样的言论被拘留，这既引发了公众对吴个人的关注，也成为一次探讨言论自由边界问题的契机：一个健康的社会，对这样的威胁式言论该有多大的容忍度？

在美国，这一基本问题已经被司法界和学界讨论了上百年，社会对此有一个基本的共识：言论自由必须受到法律保护，除非该言论为社会带来“即时而明确的危险”（clear and present danger）。

此次事件中，法律学界普遍认为吴虹飞无罪。北大教授张千帆和西北大学教授谌洪果观点一致，他们均指出：警方要起诉吴虹飞，需要先证明吴的言论将引致行动，也即“即时而明确的危险”——这涉及各方面取证调查吴实施行动的倾向、条件和相关措施是否存在，否则这种气话式的言论只是个人宣泄，属于一个健康的多元社会可以容忍的尺度之内。

两位教授的观点显然源自美国的法治思想。然而，美国虽然保护言论自由，但也有“恐怖威胁”相关罪名，而且对各种威胁的不同惩罚方式都有详细说明。两年前，罗玉凤曾在微博声称要“炸掉美国移民局”，学者何清涟评论“凤姐事件”时指出，这类事件在美国会否被起诉，关键在于受威胁者是否真的感到被威胁，若感到威胁确实存在，可以起诉以法律程序解决。

可以看出，言论自由的界限难言精确，需要根据每个案例的具体情况判断。对“即时而明确的危险”的具体含义在美国也一直存在极大争议。媒体人贺越明在《言论的边界：美国宪法第一修正案简史》一书的书评中指出，随着各个时期政治、经济和社会条件的变化，美国对言论自由的界定也在动态变化。浙大教授吴飞则追溯历史，将美国法律这一“动态变化”的过程呈现在读者面前——没有上百年的判例积累，没有公共空间对这一议题的持续讨论、多方博弈，言论自由的精神在美国不会像现在这般牢不可破。

在本期周刊的最后，我们选入了复旦教授候健对言论自由的哲学性思考，正如他在文章中所言，"若无法恰当地说明言论自由的限度，任何支持言论自由的理论都是片面和有缺陷的，既缺乏足够的说服力，也没有切实的实践意义"。

1510周刊由「我在中国」（Co-China）论坛志愿者团队制作，每周出版一期，周刊通过网络发布，所有非一五一十部落的文章均经过作者或首发媒体的授权，期待大家的关注和建议。



目录



张千帆，北京大学法学院教授。

【析】

8-1 张千帆：言论自由的宪法边界

将本刊分享至：

> 以此标准来衡量吴虹飞的言论，“想炸”北京建委和某地居委会的言论是否构成“清楚与现存的危险”？譬如它是否会让某些建委工作人员因此而不敢上班、扰乱正常工作秩序，或造成住在建委附近的居民“惶惶不可终日”？

7月21日，女歌手吴虹飞发表了“想炸”北京人才交流中心的居委会和建委的微博，被北京警方拘留，引起了不小的网络争议。

有的网友认为吴有言论自由，但也有不少网友认为吴的言论已构成《治安管理处罚法》第25条第3项禁止的“扬言实施放火、爆炸、投放危险物质扰乱公共秩序”的言论，甚至已构成《刑法》第291条规定的“编造、故意传播虚假恐怖信息罪”。应该说，现有法律对此类行为的禁止是相当明确的，但是这些规定的解释与适用必须和宪法第35条规定的言论自由统一起来。

宪法第35条规定了言论自由，但是言论自由的边界在哪里？可能不少人认为，言论自由的边界是法律界定的——法律保护的言论就有自由，法律禁止的言论就没有自由。这种理解虽然不能完全算错，却把宪法架空了。固然，法律可以限制言论自由，但是如果法律想限制就限制、想怎么限制就怎么限制、想限制多少就限制多少，宪法第35条的效力究竟体现在哪里呢？毕竟，宪法是国家的最高法律，“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，一切与宪法抵触的法律规定都是无效的。然而，这种理解把言论边界的决定权完全交给法律，从而使宪法第35条形同虚设，显然不符合立宪的本意。因此，划定言论自由边界的法源还得来自宪法本身，而不能纯粹取决于法律规定。

如何理解宪法规定的言论自由？这个问题的答案涉及我们对法治的基本理解。众所周知，国不能一日无法，否则什么都乱套了。如果有人真的去炸北京建委或人才交流中心居委会，或在飞机上按炸弹或实施任何类似的暴力犯罪，政府岂能坐视不管？《刑法》之所以规定好几百种罪名，正是为了授权政府采取必要措施，预防和惩治社会危害严重的行为。

换言之，人的自由不可能是无限的，因为某些行为会损害他人的基本利益；在这种情况下，某些人的自由就是其他人的灾难。任何一个文明社会都需要政府和法律去控制这些有害行



为，保护社会的公共利益。反之，如果特定行为对社会并无危害，那么法律显然不宜干涉，否则就不正当地限制了当事人的自由。

在危害微不足道的情况下，自由是一种善，至少对行为主体是如此，而不正当的国家干预就成了恶。这是为什么1789年《法国人权宣言》第4、5条规定：“自由在于能够做不损害他人的任何事”，“法律只能禁止对社会有害的行为。”

法律之所以一般不宜干预言论，正是因为言论和行为不同，一般不会直接产生社会危害。当然，诽谤言论会损害人的名誉，因而各国法律都严格禁止并严厉惩罚。但除此之外，因为言论而产生严重危害的情况并不常见。泼妇骂街再难听，也不如无赖群殴的害处大。所谓“一言兴邦、一言丧邦”的说法，只是专制社会将某些大人物的只言片语奉若圣明的写照。在一个思想与言论自由多元的社会，各种话语如酸甜苦辣五味俱全，如赤橙黄绿众彩纷呈，谁有一语定乾坤的能耐？恰好相反，中国历史教训充分证明，“一言堂”的害处是巨大的。有些言论可能不中听，但是如果因此而限制言论自由，那么社会就危险了，因为人作为一种理性动物是靠信息生存的，而言论是传递社会信息的主要载体。假如1958年有言论自由，“大跃进”引发的饥荒就不会饿死数千万人；假如1976年老百姓有知情权，唐山地震也不会有24万人葬身于瓦砾之下；假如今天的中国社会突然变得“这里的黎明静悄悄”，一切嬉笑怒骂喧闹都在一夜之间神秘消失，我们的日子怎么过？

因此，要将言论纳入法律规制范围，一定要证明言论具有直接的社会危害性。用美国最高法院判例的话语表达，就是政府有义务证明言论带有“清楚与现存的危险”(clear and present danger)。如果言论的危害模糊不清，那么所谓的危害可能只是某个领导神经过敏的揣测；如果言论的危害不会马上发生，那么还有时间讨论、争论、辩论，最后即便证明那种言论确实有害，效果也比强制沉默更好，因为辩论过程将让更多的人更清楚地看到特定言论的害处。

因此，要禁止或惩罚某种言论，一定要证明这种言论的危害是清楚的、可见的、马上就要发生的。一个常用的例子是有人在漆黑一片的剧院里高喊“失火了！”，或“我有炸弹！”，不明真相的观众们顿时陷入恐慌，纷纷夺门逃命，后果是可想而知的。几年前，在一次光天化日的伊拉克宗教庆典中，有人高喊“恐怖袭击来了！”，结果导致成千上万的信众遭踩踏死亡。当国家依法严惩肇事者的时候，他显然不能用宪法言论自由为自己开脱责任。

以此标准来衡量吴虹飞的言论，“想炸”北京建委和某地居委会的言论是否构成“清楚与现存的危险”？譬如它是否会让某些建委工作人员因此而不敢上班、扰乱正常工作秩序，或造成住在建委附近的居民“惶惶不可终日”？



虽然对此类言论的定性带有见仁见智的主观成分，但是绝大多数人恐怕不会拿她的言论当真。假如她谎称已在建委周边安了一个炸弹，导致警察如临大敌、连日搜索而不得结果，那又另当别论，但是她的语气显示发表这则微博的动机是泄愤："我不知道建委是什么东西，是干什么的，不过我敢肯定建委里全是傻逼。所有和建委交朋友的人我一律拉黑。"更何况她后来可能意识到不妥，特地加了一条"搞笑"微博为自己解围："我想炸——北京人才交流中心的居委会旁边的麦当劳——的鸡翅，薯条，馒头……"由此可以断定，所谓"想炸"的言论在性质上属于"恶搞"，可能是因为她和建委或居委会有过不愉快的经历，或有些做法她看不惯，因而借微博来抒发愤懑。即便一时产生一点紧张，也早已被跟进的微博所化解，而完全成为一场热闹。

这样的言论显然是不理性的，尤其是吴虹飞是知名歌手，发表情绪化言论确实会比常人发表同样言论产生更大的不良社会影响，但是仅此并不足以构成清楚、可见和严重的社会危害，因而仍然处于宪法第35条的保护之下。

值得注意的是，宪法不仅保护正确的言论，也保护错误的言论，只要后者没有产生清楚与现存的危险。我们每个人一生中要说多少话，谁能保证每一句都公允正确、理性克制、不带情绪呢？如果说错一句，就可以动用国家机器予以惩罚，还有谁敢说话？事实上，如果一部宪法保护不了错误的言论，那么它必然也保护不了正确的言论。宪法第35条的目的正是要消除法律对言论的"寒蝉效应"，为每个人保证畅所欲言的最大空间；在言论自由的宪法边界内，不论说对说错，法律都不得予以追究。

如此解释宪法并不表明我们认同吴虹飞的言论或要纵容其中的非理性倾向，而是过去的惨痛教训验证了罗隆基的名言："压迫言论自由的危险，比言论自由的危险更危险。"公民言论可能是理性平和的，也可能是激进极端的，甚至带有暴力恐吓的迹象，但是只要还有讨论和说服的空间，就不能动用国家机器压制言论，即便是以法律的名义。

其实，即便没有激进言论，社会就更太平吗？本拉登在实施恐怖袭击之前，是不会把计划公布于世的。当冀中星和厦门公交爆炸案的肇事者诉诸非理性行动之前，我们倒宁愿他们说出自己的想法并引起社会关注，至少让不知情的公众和警察有所准备。更重要的是，我们需要一个言论自由的环境去了解他们、同情他们、帮助他们化解自己的苦难，而这么做也就是在帮助社会化解危险。

【原文链接】 【回到目录】

8-2 谌洪果：言论自由与权力边界：评吴虹飞因言受罚


谌洪果，西北政法大学副教授

> "要知道，表达自己的内心意见与煽动非法的行动之间，具有本质的差别。许多言论本来说完就完，不至于造成社会秩序的扰乱，但一旦政府过于敏感闻风而动，用行动对抗言论，那倒真可能成为社会恐慌和不稳定之源。"

女音乐人吴虹飞发了一条微博："我想炸的地方有，北京人才交流中心的居委会，还有妈逼的建委。我想说，我不知道建委是个什么东西，是干什么的，不过我敢肯定建委里全是傻逼。所有和建委交朋友的人我一律拉黑。还有我想炸的人是一个完全无节操的所谓好人。我才不会那么傻告诉你他的名字，等他炸没了上了新闻你们就知道了。"当天，她被警方带走，据悉可能还将承担刑事法律责任。

对这一事件，我提出以下个人看法：

有关言论自由的讨论，最重要的是要根据具体情形区分其中的各种微妙边界。这是一种法律人思维，即在考虑法律问题时，一定要对语言、行动和事物的界限保持足够的敏感，而不是简单机械地套用概念。吴虹飞的言论，显然不属于刑法中的"编造、故意传播虚假恐怖信息罪"，她以"我想炸……"为起头的所有表达，都不过是借助网络宣泄自己的主观想法和情绪，其内容根本无关具体信息的真假（即该言论并非事实陈述，而是情感表达）。而且，这一言论并不具备任何犯罪的时空条件，没有采取任何实际的准备行动，因而也就缺乏证据表明其言论能造成造成任何现实的、扰乱社会秩序的威胁或危险。

我们假设吴虹飞的言论是说，"我已经在北京建委装了炸弹"，但经查明并没有这回事，在这种情形下，她的言论无疑是编造了恐怖信息，制造了恐慌气氛。此前曾有个案件，当事人宣扬将在15分钟后引爆装在政府大楼的炸药，这一不良信息被公安部门发现，并且证明其只是酒后乱语。尽管如此，该当事人的言论事实上已经造成社会恐慌和公共秩序混乱的后果，其构成扰乱社会治安（但也并不入罪），这是没有问题的。

吴虹飞的言论也属于典型的自说自话，自问自答，从中我们丝毫看不出她有拉上朋友或社会公众跟她一起炸的意图，因此亦不属于煽动性言论。法治成熟国家对于这种言论，一般



都是根据其中透露的信息，由警察情报部门暗中加以调查和监控，只要发现言说者并没有将言论付诸实施的倾向、条件和举措，那么是不会轻易启动法律程序的。换言之，只要这种言论没有构成明显而即刻的现实危险，政府就不必大动干戈，风声鹤唳，以公权力的不理性来对待私权利的非理性。要知道，表达自己的内心意见与煽动非法的行动之间，具有本质的差别。许多言论本来说完就完，不至于造成社会秩序的扰乱，但一旦政府过于敏感闻风而动，用行动对抗言论，那倒真可能成为社会恐慌和不稳定之源。

在言论自由的法律规制（或宪法保护）领域，"明显而即刻危险"的标准的提出背景是，为了判定反对征兵的传单是否合法，霍姆斯大法官提出了一个类比：如果有人在剧院里大呼着火，当然会立即导致恐慌和混乱的严重后果，而散发征兵传单是否也会即刻导致如此明显的恐慌，这是值得仔细甄别的。后来经过许多司法案件的激辩，大家基本达成了以下共识：只要公共利益没有遭受迫在眉睫的威胁，只要仍然有时间进行思考和讨论，相互教育提升，揭露虚假谬误，那么就应该让民主程序继续合理运作，就应该容忍发表更多的言论，而不是禁言或惩罚。

言论自由不仅保护思想传播，也要保护感情宣泄；言论自由不仅是为了发现真理，也要让不同的利益、立场、价值观、甚至偏见，都有平等表达的平台。言论自由本身就具有重要的价值。的确，任何言论，尤其是诸如粗口辱骂的、侮辱诽谤的、挑衅式的、好斗性的言论，由于承载了太多人性主观好恶的内容，因此都可能引发别人的厌恶和不满，进而可能引发社会治安问题，但是，可能的语言暴力毕竟不同于实际的暴力行动，说和做大不一样，尤其是在法律归责的场合。一个人通过言论自由所表达的赞成或反对，甚至某种激烈的宣泄和诅咒，仅仅证明了他/她作为一个人的生命存在。不是说他想隔空灭了某人，某人就会灭了，也不是说她一说要炸政府大楼，政府就被炸了。这就是言论效果和行动效果的差异，这种差异也构成了保护言论自由的根本理由之一。

我不是说言论自由的保护是绝对的。事实上，前面强调的言论自由边界的细致区分，恰好说明了言论自由在行使过程中的相对性和有限性。言论自由领域充满社会禁忌，挑战这些禁忌者，即便没有法律介入，也会付出惨重代价（比如在美国如果发表赤裸裸的种族歧视言论的后果）。这些代价还包括道德、人格、公信力的破产等。此外，既然主张言论自由，就意味着承认言论自由的平台是对等的，所以在言论自由的公共空间，赞誉和诋毁，都可能成比例地发生在一个人身上。吴虹飞之前遭遇的言论风雨也不少。总之，我们是在一个多元的社会生存，所以就必须适应这种多元的言论自由的状况，适应各种批判与差异。

我也不是说政府在言论自由的规范方面就只能无所作为，甚至在政府本身受到伤害的时候。不是的。但是，这里的边界同样需要仔细区分。毕竟，对言论自由造成最大威胁的就是政府，同时，政府的伤害和公民的伤害毕竟不是一回事，它需要更高更严格的标准。反过来



说，批评官员的尺度理应比批评平民的尺度要宽松，这也是一个基本的公民政府关系的常识。在处理言论自由的边界问题时，政府和司法需要的是一种实用主义的权衡和考量，但正如波斯纳所言，这种考量不仅关照的是具体后果，而且还要关照系统后果。所谓的具体后果，就是个案的影响；所谓的系统后果，就是个案处理对于公权私权边界、宪政法治架构、政府公信力等造成的影响。

就吴虹飞言论事件的政府反应而言，的确有着特殊的情形，那就是言论发表的10小时前北京机场刚发生了冀中星爆炸案。所以我承认，如果仅根据《治安管理处罚法》第25条的规定就这一“扬言”爆炸的不当言论做出治安处罚，具有一定的合理性。但必须强调，这种合理性仅仅是一种语境的合理性，还远没上升到紧急状况的程度。而且，即便语境适用治安行政处罚，同样也有很多可辩驳的理由，比如：“扬言”作为非法律的不规范术语，其规制的指向是可能具有煽动性，但吴虹飞的言论与此不大吻合；吴虹飞的言论虽然发生在另一桩现实爆炸案之后，但她仅仅是以这个事件作为临时起意发表感慨的由头，以借机表达对之前相关部门不公正做法的愤怒或抱怨；更何况，这一言论同样不具备《治安管理处罚法》要求的“扰乱公共秩序”的后果，因此可适性同样存疑。

所以，当地政府对吴虹飞事件的处置，我认为多少是武断的、过于夸大了其中的恐惧，也蕴含着公权力滥用这一更严重的危险。这种危险，可比弱小的公民个体发布不适言论要可怕得多。这一处置的另一个不好后果是，它是一种选择性执法，正如很多网友指出，如果按照这种执法标准，之前很多喊打喊杀、鼓吹仇恨暴力、要肉体消灭异见人士的言论，为什么不仅没有受到法律问责，反而还被有意无意地放纵呢？这无论如何无法让公众释然。而当下中国在许多领域的选择性执法，才是对法治的最大戕害，它极大地损害了政府和司法的公正与权威。

毫无疑问，我们必须反对社会的暴戾，弘扬理性和责任，但这一切的实现，除了拓宽言论自由的边界，别无他途。只有通过言论自由，明智健全的判断才会壮大，极端激进的声音才会逐渐边缘化，成为微不足道的一元（当然不是消灭），而不再可能发生煽动迷惑的效果。情绪和不满不会因为压制就销声匿迹，反而会在压制下积累发酵，等待另一个爆发的时机。人的价值观可以不同，表达方式可以多样，但自由永远是人们最为珍视的东西。面对这样的现实与渴望，政府要做的，就是认真对待，而不是苦心对付。所以，政府在拓宽言论自由的进程中，也负有重大的使命。越是在变化或紧急的时刻，我们越希望看到政府的理性，看到政府对权利和自由的尊重，看到政府对权力滥用的警醒。

任何社会都有风险，但言论不自由的社会，风险大大超过言论自由的社会。只有在言论自由的社会，政府才能变得清醒，才能了解不同的声音，才能知道反对者到底反对什么，才能和每一个独立的公民一道，迎接挑战，改进不足，相互尊重，在反思中前行。没有言论



自由，就不足以形成健康的公民社会土壤，就会导致病态的政府。政府的自信、稳定与和谐，终究是建立在包容和开放的基础之上的。事实上，政府并不能从滥用的严刑峻法中得到任何实际的好处。言论的自由开放与权力的节制审慎之间所形成的良性互动，才是政府和公民的最大福音。

【原文链接】 【回到目录】



【界】

8-3 腾讯今日话题：凤姐“恐怖言论”麻烦到底有多大

本期专题由腾讯今日话题出品，责任编辑郑褚。

“

凤姐的言论虽然按照宪法修正案不在受美国政府约束之列，但她的话在理论上存在涉及恐吓的可能性，如果她“扬言威胁”的对象不是移民局而是学校、医院、公司等机构，“CNNIC国际政策研究员”让她坐牢的期望就很有可能成为现实。

”

因言获罪”其实是检举揭发

并未“立案”，只是有人报警

凤姐办理旅游签证到美国之后，在一家洗脚房（一说是美甲店）打工为生，8月17日，她发表了一条简单的微博，“我要一把火烧了美国移民局”，据传这是她拿绿卡不顺利而发出的激愤之言。

11月份，在凤姐口出狂言3个多月之后，一位似乎一贯讨厌她的网友莫润刚在微博上表示，“这一条微博希望网友一定立照留存，因为凤姐恐怖威胁烧毁美国移民局。只要现在打电话给911报案，凤姐马上会被抓进监狱。凤姐如果真的意识到严重性的话，就公开发微博，@我（抄送我），声明自己从今以后不再恶俗炒作。否则我一定会坚持送凤姐回家。但确实不想让她进美国监狱。我还没有那么不人道。”

不过，凤姐对他的“忠告”和要求视而不见，随后莫润刚行动了起来，向美国警方报告凤姐要火烧移民局。11月30日，他在微博上公布了进展：“刚报警给local警察police Mike R, 国安局会立案跟进。望世人引以为戒！这条微博希望网友立照留存，因为凤姐恐怖威胁烧毁美国移民局。一报案，凤姐马上会被抓进监狱。”他还表示“这个时候最恨的就是美国的法律程序太长。盼个死刑犯都要等几年。希望凤姐的事情不要拖太久！”

国内媒体夸大后续影响

在ID为“CNNIC国际政策研究员”的莫润刚报警之后，国内媒体开始报道这一事件，他们普遍采信了莫润刚的说法，在莫润刚的一封公开邮件中，他很有把握的声称“（凤姐的）



这一条微博已经被美国公安局、移民局和国安局记录在案。凤姐的遣返和入监只是时间问题，现在在美国针对凤姐的法律程序已经启动。”

也就是说，整个事件的实质，是凤姐的微博被这位叫“CNNIC国际政策研究员”的在美华人向警察机关举报，他微博上那张被一些媒体作为证据的照片只相当于中国的接警证明，只要去警察局反映情况都可以向警方索要，并不代表可以立案，更不代表“入监只是时间问题”。此外，美国国安局应该是大名鼎鼎的NSA（National Security Agency），这是隶属于美国国防部的保密单位，并不对外公开工作计划，以常识判断，这位“CNNIC国际政策研究员”不可能知道NSA有没有将凤姐的微博“记录在案”。

当然，这位“CNNIC国际政策研究员”也不是专业人员，出现这种差错可以理解。很多网友将CNNIC理解为哈佛大学的一个研究机构，其实CNNIC是中国互联网信息中心（China Internet Network Information Center）的简称，是中华人民共和国信息产业部下属的一个事业单位。

“火烧移民局”越过了言论自由的边界？

首先要搞清什么是言论自由

对于言论自由这个概念，中国人喜欢用中国特色的思维去理解，因此创造了“世界上只有相对的自由，没有绝对的自由”等等说法，这是来自于政治哲学上极大的误解。

按照我们所受的教育，权利是法律“赋予”的，但在英美的政治思想中，权利是人自然而然就拥有的。我们可以使用孤岛上的鲁滨逊来说明这两种权利观的区别：按照我们的法律逻辑，罗宾逊是世界上权利最少的人，因为没有法律赋予和保障他的任何权利；而按照英美的法律观念，鲁滨逊是世界上权利最多的人，因为他的任何权利都没有被限制，在孤岛上，他有权做一切事。而鲁滨逊回到人类社会以后反而减少了他的权利，比如他失去了亲自防卫自己财产的权利，以及亲自惩罚伤害自己的人的权利（尽管孤岛上不存在伤害他的人，但他在孤岛上的时候仍然保有这一权利，只是没机会实施）。也就是说鲁滨逊上岸以后，为了社会生活的需要，将这一部分权利让渡给了政府——而他没有让渡出来的那些权利，就和他没有拿来交税的财产一样，当然是继续属于他自己的。

因此，美国的宪法当中并没有关于言论或信仰自由的条款——只要你没有授权给政府，你就当然的继续拥有这些权利。不过，1787年美国宪法草案提交各州立法机构批准时，有些人提出了担心宪法无法保障人民基本权利的疑虑，于是截至1791年，美国宪法一共增加了10条修正案，形成了现在所说的《权利法案》。

以我们的思维，看这十条《权利法案》会觉得非常奇怪，因为它没有一条是宣称公民“有”什么权利，而全是否定性的，都在宣称政府“没有”什么权利。例如涉及言论自由



的规定是：“国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止信教自由；剥夺言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利。”归根结底，他们认为保障某一项自由的方法就是在这个事项上限制政府。所以，“自由”不是一个形容词，而是一个名词，包含了一项又一项具体的权利，讨论有没有“绝对的自由”毫无意义，就像你不会去讨论“有没有绝对的皮鞋”一样。

总而言之，言论自由是用来限制政府的，个人、公司和QQ群的群主不让人说话，都与言论自由无关，政府不让人说话才会牵涉言论自由问题。

凤姐触及言论自由的“边界”了吗

在美国的宪政传统中，言论自由确实出现了“边界”，这就是20世纪初的美国最高院大法官霍姆斯提出的“紧迫而现实的危险”理论。

霍姆斯认为，在言论可能造成“紧迫而现实的危险”的时候，政府有权力限制并追究这种言论：例如在拥挤的剧院里乱喊“失火了”会导致发生踩踏，这种情况下的言论就必须被限制。第一次世界大战期间，一位社会主义鼓动家申克到处散发传单，号召反对美国的兵役法，叫美国年轻人“不要为华尔街卖命”，霍姆斯认为，这种言论在平时无可厚非，但战争期间反对征兵的言论可能造成严重后果，因此应判申克有罪。而几年之后的1925年，美国另一个左派政党“美国社会党”领袖古特罗宣传用暴力和非法手段颠覆政府，官司打到最高法院以后，霍姆斯却认为古特罗无罪，他认为“每一个意见都是一个煽动，它必然是为了让人相信而出现”，而尽管古特罗煽动的内容很可怕，但并不会造成迫切和直接的危险，所以不能禁止他进行“煽动”。霍姆斯的理论后来被另一位最高法院大法官布兰代斯概括为：“除非言论会产生，或预定产生出明显且即刻的实质性罪恶的危险，否则，合法限制（言论）的条件就不存在”。

而70年代出现的“自主主体论”构成了对霍姆斯理论的重要补充，这一理论由普林斯顿大学教授斯坎琳提出，在美国法学界的泰斗人物德沃尔金的推广下获得越来越多的承认。“自主主体论”认为，言论的目标是通过表达而影响他人的行为，而表达方式可以分为两种，第一种是指出行为的适当理由或后果，推动他人的行为；第二种是威胁、强迫、蒙蔽、提供具体手段等方式，推动他人做出一定的行为，即使要推动的是邪恶的行为，也只有第二种表达方式是政府有权禁止的。也就是说，劝说一个成年人去火烧政府大楼并不犯法，只有威胁或强迫他去，或者劝说判断力不健全的未成年人或弱智去做这件事，以及给这件事提供具体帮助（如相关情报信息），才构成犯法。按照斯坎琳的这一补充，申克反征兵的言论也并不犯法，因为他没有迫使别人不去当兵，其“煽动”的对象也都是心智正常的成年人。



从这两个原则来看，凤姐在微博上喊两声“我要火烧移民局”既不构成强迫他人火烧移民局，也几乎不可能对美国移民局造成迫切而现实的危险，她没有触及言论自由的“边界”，这个官司如果上诉到美国最高法院，凤姐应该不会输官司。

言论自由，不等于可以随意威胁

美国比中国更重视“威胁罪”

言论自由是个人和国家的关系，人与人之间，人与机构之间不存在限制言论自由的问题，但并不意味着任何言论都不会违法。说谎、诽谤、泄密、威胁，或者用高音喇叭扰民的“言论”仍然要付出代价。

凤姐的言论虽然按照宪法修正案不在受美国政府约束之列，但她的话在理论上存在涉及恐吓的可能性，如果她“扬言威胁”的对象不是移民局而是学校、医院、公司等机构，“CNNIC国际政策研究员”让她坐牢的期望就很有可能成为现实。

对于纯粹言语威胁的行为，美国的治罪远比中国严苛。中国刑法当中并不设立恐吓威胁罪，直到今年5月，才在《刑法修正案（八）》的寻衅滋事罪里加了一条“恐吓他人，情节恶劣的”，但至今没有判过一例。此前，恐吓在中国只是治安案件，只在治安管理处罚法当中规定，涉及恐吓行为的最高可以处五日以上十日以下拘留，并处五百元以下罚款。但在美国，威胁伤害他人的人身安全是受到高度警惕的。去年一位中国留美博士生翟田田一度被诉“恐怖威胁”(Terroristic Threats)罪，就曾引起轩然大波，虽然校方最后撤诉，但翟田田也因为这次风波而中断学业。

威胁美国政府，被不被抓是个运气活

按照美国法律，对联邦官员（无论工作人员还是总统）和具体工作场所的威胁并不受言论自由的保护。来自马萨诸塞州亨廷顿的托马斯·斯蒂芬尼克被判监禁21个月，就是因为他在电话中威胁波士顿的司法人员，声称他要带一把猎枪到法院大楼去，“让你们看看谁是老大”。

据称奥巴马刚上任的时候每天平均收到30个威胁电话，但美国每年都只有几十起针对联邦雇员的威胁会被检方起诉。联邦调查局更多的将这些威胁视为一种情报截获，只有确实构成危险的情报才是有价值的，因此大多数威胁都因为不具备现实危险而免于起诉，最终被判罪的也一般都是有更实际的严重行为，比如非法持枪等等。

加州新月市的约翰·金贝尔经常发各种粗言秽语的电子邮件威胁奥巴马全家，奥巴马上台之前他还一直威胁小布什总统。他自己也因此被情报部门雷达监视多年，不过由于他一直没有什么把自己的言论付诸实现的倾向，情报部门也没有采取进一步行动。2009年奥巴马视察金贝尔所在的旧金山地区的前几天，特工人员决定抓捕他，在法庭上金贝尔辩解说，



他只是在实践自己言论自由的权利而已，他还说自己并不打算伤害总统，只是想引起大家注意，后来当局撤销了指控。

中国人很熟悉的例子是内森·瓦恩案，中国的报纸说“一名叫内森·瓦恩斯的美国男子向美国陆军征兵司令部发送恐吓奥巴马的邮件，威胁要刺杀奥巴马。不过很快，他便被警方逮捕，面临最高5年的监禁刑罚。”——实际上他不是被逮捕而是自首的，他被诉罪名也不是威胁刺杀总统，而是盗窃枪支，他最后被判了3年刑——凤姐“火烧移民局”的言论有多大风险，也可以拿这些例子对照一下。

目前来看，凤姐获罪可能性很小，拿到绿卡的可能性也很小，不过凤姐在微博上表示她已经规划好了自己的下一站：到加拿大去。

【原文链接】 【回到目录】



8-4 何清涟：美国言论自由的边界


何清涟，作家

> “根据美国各州相关法律，“恐怖威胁”指某个人散布任何种类的威胁，令一个人或一群人害怕受到身体伤害，或被迫中断集会、公众聚会，或无法使用公共场所，或者是威胁的发布者企图中断或中止任何形式的公共服务，如电话、水、下水道或电力。”

写这篇短文，是由于中国网络名人凤姐在微博上放言要“我要一把火烧了美国移民局”而起，目的是为了澄清国人对美国言论自由的误解。

凤姐这条微博于8月份发表于国内新浪微博，转发者甚多。但直到11月份才惹出麻烦。一位叫做莫润的网友似乎懂得，针对美国联邦官员（包括总统与普通工作人员）和具体工作场所的威胁并不受言论自由的保护，于是声称凤姐如不删除这条微博，他将向美国国土安全局报案。结果是凤姐不予理会，莫润声称报了案，凤姐将被遣返。

我要讨论的不是凤姐这个案例，我更感兴趣的是此事引发了中国人对美国言论自由的讨论。当时网友看到这条微博及相关评论，有人甚至错以为这证明美国没有真正的言论自由，我当时发了一条微博，说暴力语言与言论自由无关。并举例说明如果在与人争吵时，发出国人常用的“我搞死你”，“我要揍得你满地找牙”，“你小心，我会让你死得很难看”，只要被举报，有可能被视为向对方发出死亡威胁。

当时我简单举了一个例子，这是一位居旧金山的美籍华裔律师的亲身经历。现详述如下：几年前的某日，他与几位朋友在一中餐馆吃饭，议论起中国的时局，不免批评政府的腐败与官员的无耻。一位在该餐馆打工的中国女留学生认为这是侮辱了中国与华人，于是与他们争吵起来。争吵不断升级，那位女留学生不但屡用国骂加上“卖国贼”，还反复说：“我搞死你们这帮卖国贼”，“有胆留下地址，哪天黑了你，让你死都不知自己怎么死的”，“要是在国内，我早让你们死了好几遍”。这位律师最后实在忍无可忍，用手机录了下来，并打电话召警。警察来了后，那位女学生还在叉腰叫骂，老板劝架无用，女学生说“哪怕不干这份活也要为中国人讨个公道”。警察听当事者细述原委，并向在场的老板询问那些有关“死亡威胁”的话英译是否属实？老板不敢撒谎，只得证明属实（在美国伪



证罪也很严重）。警察于是将这位女留学生带走，事后经法庭认定确实系向对方“发出死亡威胁”，于是遣返。

2010年，中国留美博士生翟田田曾以“恐怖威胁”（Terroristic Threats）罪被捕一案在国内有过报道，但国内网友们听了我的解释仍然很惊讶，认为中国人说这类话是常事，几乎天天可以听到。说这种话要受到惩罚，这美国也真是太限制人的自由了。

我认为这是中国人对言论自由权利边界的理解有误。这种误解来自于中国的社会环境与文化传统。但本文限于篇幅，无法从政治哲学方面来正本清源。只将在美国使用暴力语言的边界在哪里，为读者提供参考。

对于言语威胁，美国在法律上将其列入“恐怖威胁”类别（Terrorist Threat），治罪远比中国严厉。根据美国各州相关法律，“恐怖威胁”指某个人散布任何种类的威胁，令一个人或一群人害怕受到身体伤害，或被迫中断集会、公众聚会，或无法使用公共场所，或者是威胁的发布者企图中断或中止任何形式的公共服务，如电话、水、下水道或电力。

对恐怖威胁的制裁包括罚款、监禁、监视居住及法庭的限制型命令，规定因美国各州法律不同而异。在加州，处罚包括罚款1-10万美元、监禁1-5年、监视居住可长达5年；在纽约州，罚款依案而定，监禁可超过100年；在德州，罚款自152美元起，最多可罚款450万美元，最长可监禁20年。

美国法律界有专司此项刑名官司的专业律师，一些律师还设有网页，介绍美国各州法律对于此项罪的惩治。一本可以从网上下载的《犯罪防范法律手册》（Criminal Defense Law Handbook Terrorist，http://www.criminaldefenselawyer.com/crime-penalties/federal/Terrorist-Threat.htm）专列一章“恐怖威胁的控罪与惩罚”（Threat Charge: Penalties），告诉人们恐怖威胁将要受到的惩罚，从罪名、罚款到监禁时间都有详细说明。还附有一张表格《各州有关恐怖威胁的罚款及监禁规定》（Terrorist Threat: Fines and Jail by State）。其中可能最让中国人难以理解的是，关于是否受到恐怖威胁，系由受威胁者判断，如感到自己确实受到威胁，即可向警局报告，立案、惩处则归法庭裁决。

人是“社会人”，不是孤岛上的鲁宾逊，个人的自由有边界，必须以不妨碍他人为前提。这是政治哲学中有关权利的最基本前提。中国人的权利意识与法律意识上为什么这么薄弱？其中既有制度原因，也有政府的示范作用。中国规定的人民民主专政，“专政”一词就是国家暴力对人民的威胁。生活中，官员们违法乱纪的犯罪不断启示着国人，权力可以凌驾于法律之外；外交官甚至可以在外交场合说出“法律不是挡箭牌”，“中国没参与制订的国际规则，中国不必要遵守”。使用暴力语言威胁他人更是官吏们的拿手好戏。更为荒唐可耻的是，政府还花大量的钱雇佣五毛，在网上对不同意见者使用各种暴力语言威胁。在



这种情况下，要中国人理解政治哲学里的个人自由以不妨碍他人为前提，以及守法的重要性，还有很长的路要走。

本文来源于《人民论坛》杂志

【原文链接】　　【回到目录】



8-5 郑若麟：再论法国“言论自由”


郑若麟，文汇报驻法国首席记者。

> “煽动暴力”是另外一个法律严格禁止的领域。在西方，无论是口头的还是书面的（法国2004年修改刑法时，将“网络”也加入其中），无论是针对个人还是政府，“煽动暴力”都不属于“言论自由”的范畴。也就是说，如果在法国，说“出门右拐是政府”、“我找人整死你”等之类的话，均属违法。

今年年初，喝得醉熏熏的法国著名时装品牌“迪奥”首席设计师约翰·加利雅诺在寓所附近、巴黎著名的犹太人和同性恋聚集的马莱区一家酒吧“明珠咖啡馆”，与一对犹太裔和亚裔情侣发生口角。加利雅诺骂对方长着一张“犹太人肮脏的脸”、是“亚洲鸡奸犯的私生子”。这几句话使加利雅诺被告上法庭，罪名是“散布种族歧视言论、蓄意羞辱他人”，这一罪行最高刑罚是六个月监禁和最高22500欧元的罚款。

这一消息传到中国后，鲜（联系下文，这里应该改为“有不少人问”）有人问：这是不是“因言获罪”？这与“人权宣言”和法律保障的“言论自由”是否相悖？为何加利雅诺会因这几句酒后醉话就有被判罪的可能？不是应该“我不同意你的说法，但我誓死捍卫你说话的权利”吗？显然，这中间存在着一个莫大的误区。

我曾撰文论证上述“名言”其实根本就不是伏尔泰说的。文章发表后，反对者不少。即使承认我的论证是事实，但也认为谁说无妨，“名言”本身仍然是对的。因为“一般中国人对此话的认同，是基于‘言论自由’这样一种理想，即无论说什么，都是无罪的，只要没有行动。”由此出发来观察加利雅诺一案，仅仅几句粗话、脏话，且根本没有动手，也就是“并没有行动”，如何解释言者居然会被告上法庭？

确实，法国大革命时颁布的“法国人权和公民权宣言”和1948年联合国通过的“世界人权宣言”中都白纸黑字地写着，“自由传达思想和意见是人类最宝贵的权利之一；因此，各个公民都有言论、著述和出版的自由”（法国人权宣言第十一条款）、“人人有权享有主



张和发表意见的自由；此项权利包括持有主张而不受干涉的自由，和通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递消息和思想的自由。"（世界人权宣言第十九条款）。

但是国人甚至精英们都没有注意（或有意"忽略"？）的，则是紧随其后的一句极其重要的限定语："但在法律所规定的情况下，应对滥用此项自由负担责任"。这才是法国人权宣言第十一条款的完整表述。而"世界人权宣言"虽然没有这一限定语，但在其第二十九条款第二项则明确写道："人人在行使他的权利和自由时，只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要"。也就是说，任何人在行使自己的"言论自由"的权利时，不得违反其他法律规定。加利雅诺的话语被认为违反了法国有关"煽动种族仇恨"的法律。

事实上，无论是法国还是西方其他国家，很多法律条款实际上针对"言论自由"和"新闻自由"设定了非常明确的司法界线。法国 1881 年 7 月 29 日通过的《新闻自由法》、1972 年 7 月 1 日通过的《反种族歧视法》（因由同名议员提出，故亦称普利文法）、1990 年 7 月 13 日通过的《盖索法》、2001 年 1 月 29 日通过的《亚美尼亚种族灭绝法》、2001 年 5 月 21 日通过的《多比拉法》、2005 年 2 月 23 日通过的《反殖民法》等，以及各项保护儿童、保护个人隐私等其他法律，均构成"言论自由"的司法柜架。

总的来说，对"言论自由"—包括口头和书面—的司法限定有三类：一类涉及社会秩序。凡煽动仇恨、暴力和犯罪的行为都属违法。第二类涉及他人权利和隐私。凡不符合事实的侮辱性用语、蔑视或斥骂，均构成诽谤罪；所有损害他人名誉的语言均构成破坏名誉罪等。第三类则是政治领域：《普利文法》和《盖索法》规定，所有在公共场合用语言或文字煽动暴力、种族歧视、反犹等均构成种族歧视罪；否定二战犹太人遭到煤气炉毒杀等言行均为违法。

而《亚美尼亚法》和《多比拉法》则将否定 1915 年亚美尼亚人遭到土耳其奥斯曼帝国种族灭绝、否定殖民主义罪恶等也列为违法。因此如果你在法国公共场合言谈中说"肮脏的阿拉伯人"、"从来没有亚美尼亚人被种族灭绝"之类的话，只要被人听到，被人告上法庭，被人抓住证据，那么你就不可避免地将遭到法律的制裁。

"煽动暴力"是另外一个法律严格禁止的领域。在西方，无论是口头的还是书面的（法国 2004 年修改刑法时，将"网络"也加入其中），无论是针对个人还是政府，"煽动暴力"都不属于"言论自由"的范畴。也就是说，如果在法国，说"出门右拐是政府"、"我找人整死你"等之类的话，均属违法。甚至连有着连中国人都耳熟能详的第一修正案保护言论自由的美国，都有《史密斯法》，规定宣扬"以武力和暴力推翻或摧毁美国国内任何政府"为非法。



英国在发生骚乱后，切斯特皇家刑事法院严判两名用“脸书”宣扬暴力的青年入狱4年，可以说是最典型的一个例子。根据英国《严重犯罪法案》第44和第46条款，两名青年用“脸书”号召“砸碎诺斯威奇镇”、“在威灵顿组织暴乱”，均犯下了蓄意宣扬暴力和犯罪，尽管后来他们号召的事并没有发生，但这并不妨碍英国法庭判处两人有罪。

事实上，在西方发达国家的日常生活中，如果你威胁或鼓动对他人使用暴力，哪怕是口头的，都是法律所不允许的。美国明星朱迪·福斯特获奥斯卡金像奖的影片《被告们》（亦译成《暴劫梨花》）所描述的就是一个“煽动暴力”被司法严惩的故事。女主角莎拉在酒吧被强奸，三名强奸犯被判罪。但莎拉并没有就此罢手，而是将当时在场不但不救助她，反而用语言煽动他人强奸她的“旁观者”也告上法庭，罪名就是“煽动暴力”，并赢得了诉讼。中国留美学生翟田田因涉嫌在电话里威胁校方要“烧掉学校”（其本人否认说过类似的话），就被以“恐怖威胁罪”关入牢中长达四十多天。

在保护个人隐私方面，法国也存在多种法律限制着言论自由。比如你如果在电视节目中透露某位名人的性取向、说出他的汽车牌照、你公布一张照片，上面能够看到某名人寓所的门牌号码，都属于违法行为，都会因此而吃官司。此外，“言论自由”也不能损害国家安全。美国在911事件后通过的《爱国者法案》就是一个例子。

与中国不同之处，是欧洲国家的法律大多已经实施数百年。拿破仑有一句著名的话，他一生军事上的胜仗都被滑铁卢惨败划上了句号，但他留下的拿破仑法典，却会永远流传下去。事实上拿破仑法典中的很多条款至今仍然是法国有效法律。因此，经年累月，再加上法国也实施案例法，即已判案例将成为下次同类案件的判罚依据，因此，要全部了解法国各项法律对言论自由的限制，作为非法律专业的人士来说，几乎是不可能的。

目前法国行之有效的法律和法规多达118000条。很多法律，甚至在刑法中的许多规定，实质上也在限止着人们的言论不得随意乱说。如法国刑法第433条第五项规定“不得侮辱公务人员”。在法国，当你与警察对话时，千万要注意自己的用语，否则很有可能被控“侮辱公务人员”罪。如有报道称一人在争吵中对警察说，你怎么像维希时代的警察，结果被判罚款。“侮辱公务人员”可能由一句话、一个动作、一个威胁等等而引起，而且往往是当事人与警物人员双方话语的对质，而最终一般都是警方胜诉，因为在法国，警察的话被视为是宣过誓的，因此是可靠的。这类案件2007年就有31000多件。其最高刑罚是六个月监禁和7500欧元罚款。

所以在法国，特别是在公共场合，人们说话都很自律。涉及种族仇恨、暴力和诽谤等有可能带来司法麻烦的言语，一般人都会竭力避免。久而久之，形成目前法国社会的这种“文明”气氛。但事实上一旦有人口吐不当语言，则大多会吃官司。我曾将中国通行的一些暴



力性话语（如上述“出门右拐是政府”之类的）告诉一位法国司法界供职的朋友，他的结论是，如果将法国相关法律运用到中国的话，很多人会吃官司。

我回答他：实际上中国也有这些法律，只是众人绝大多数都不知，也不遵守，于是便出现“法不责众”的不正常现象。更何况，在中国，很多人会说“我不知道”，于是“不知者不罪”。但在法国，最著名的一句法律行话，就是“谁都不能被认为不了解法律”！也就是说，你不能说你不知道这条法规，因此你就是无罪的。所以，当你“祸从口出”时，你就自己去补习法律吧！当一个人知道“鸟笼”（法律）的界线在哪里时，他感觉很自由。而一个飞在空中的鸟，却因为不知道自己的界线在哪里，反而觉得不自由。这是今天世界的一个奇特现象。

【原文链接】　　【回到目录】



【究】

8-6 贺越明：美国言论自由的边界何在

贺越明，媒体人、作家

“说起“明显而即刻的危险”，不能不想到可与之相提并论的另外三个原则：“危险倾向”、“平衡”和“行动”。在早期，美国联邦最高法院大都依据“危险倾向”原则断案。这就是说，即使与实际非法行动的产生还有一定的距离，只要从言论或作品本身的危险倾向中推测其有导致行为的趋向，便可作为起诉判罪的依据。”

言论自由作为公民的基本政治权利之一，世界各国宪法大都予以明文规定，但如何落到实处却很有讲究。因为言论自由受到法律保护的同时也受到了限制，其与法律限制的博弈便决定着自身的边界何在。美国号称西方“民主王国”，拥有违宪审查权的联邦最高法院对涉及公民言论的讼案审理以及所形成的判例，因而格外引人关注，有关著述汗牛充栋。安东尼·刘易斯以记者和教授的双重身份研究这一领域的史实，所著《言论的边界：美国宪法第一修正案简史》对八十八宗案例夹叙夹议，有时甚至“我”字当先，附带立场明显的个人感悟，读来更似通览美国宪法第一修正案与言论自由关系演变的一部专题笔记。任东来先生的解读之文，以《一场打了两百年的言论自由保卫战》（载上海书评2010年12月12日）为题，显示的视角可谓深得其中三昧，尽管其表现为洋洋洒洒的复述而非富于洞见的评议。

刘易斯的英文原著名为Freedom for the Thought that We Hate: A Biography of the First Amendment，任东来对此表示：“中译本将这个英文意思非常明确但很难直译的书名意译为《言论的边界：美国宪法第一修正案简史》。虽然简洁明了，但是原来标题《我们所憎恶的思想也拥有表达的自由》的那种冲击力却荡然无存了。”我有同感，却认为这可能是没有更好选择的译名。除了他指出的一处舛误，该书的翻译问题还有一些。例如，第五章“自由与隐私”提到1975年9月22日福特总统被前海军陆战队队员希普尔从一名女杀手的枪口下救出，两天后，《旧金山新闻》（San Francisco Chronicle）的一名专栏作家披露此人是同性恋者。San Francisco Chronicle是旧金山市一份历史悠久的日报，向



来译为《旧金山纪事报》，而西普尔所起诉的应是报社而非后文所说的“杂志社”，像这种近于常识的翻译是不该出现失误的。不过，也有译著本身未错而任文的用语不尽准确之处。如他写道，1919年3月，在三起反间谍案中，被告上诉至最高法院，“鉴于霍姆斯大法官对个人权利的深刻洞见，他被委派撰写法院意见书。在这个意见中，霍姆斯提出了著名的‘明显而现实的危险’标准”。实际上，原文“clear and present danger”中的present，作为形容词对应的汉语词意是“出席的、在场的、现在的、当前的”等等，程度都比“现实的”要紧迫，而且译作“现实的”易被理解为只是非“思想的、理念的”，与原意显然有较大出入；同样，clear在这里译作“清楚的”，意思也不及“明显的”为好。早在上世纪八十年代中期，国内法学界的学者就将之译为“明显而即刻的危险”，现在该书亦采此译，不知任东来何以另有所译。

说起“明显而即刻的危险”，不能不想到可与之相提并论的另外三个原则：“危险倾向”、“平衡”和“行动”。在早期，美国联邦最高法院大都依据“危险倾向”原则断案。这就是说，即使与实际非法行动的产生还有一定的距离，只要从言论或作品本身的危险倾向中推测其有导致行为的趋向，便可作为起诉判罪的依据。如该书第七章“恐惧本身”中提及的1925年的吉特洛诉纽约州案，是这方面的典型判例。由此，只要言论的性质有危及社会秩序和国家安全的倾向，政府就可将其压制于胚胎之中，而不必等言论带来实际的暴力威胁才绳之于法。以后，霍姆斯的“明显而即刻的危险”原则终于占了上风，其含义是看某种言论在当时所处的环境及其性质。同一章所述1937年最高法院审理赫恩顿诉劳里案，即系依据该原则判决。到二次世界大战结束，五十年代初转而采用“平衡”原则判决有关言论自由的讼案，以丹尼斯诉合众国案为代表。由罗伯勃大法官提出的原则认为，法院需将言论自由的个人和社会价值与限制言论自由所追求的社会利益加以权衡，然后决定选择何者应为社会所接受。但该原则也受到不少质疑，如法官在“平衡”个人与国家的争端时，权衡的因素究竟是什么？社会条件的价值往往由主观推测认定，缺乏精细的测定方法，又该如何权衡？近二三十年来，美国的法官、法学家们各持己见，对最高法院判定能否享受言论自由保护的意见未能归纳出公认的标准，但大都倾向于托马斯·埃曼尔逊的“行动”原则，其含义是应该严格区别言论与行动，在言论范畴内，自由不受约束；政府加于个人的限制应针对行动而非言论，除非言论已进入行动阶段，否则政府应舍弃干预之权。不过，由于言论和行动都属于人类的行为，常常难以严格区分。如有人发问：鼓吹暴力颠覆政府的言论，究竟该属于言论还是行动？也有人辩称：如不含有怂恿因素的应视为言论，如能催促立即、特定的暴力行为则应视为行动。意见莫衷一是，实际判断亦难。但无论如何，正是这四个原则，大致区分出最高法院基于宪法修正案审理案件观念变化的不同阶段，也构成了言论自由与法理解释不断博弈的几幅重要历史图景。



从上述原则可见，随着各个时期政治、经济和社会条件的变化，尽管存在或多或少的法律限制，美国言论自由的边界是在向外延伸。若问美国“言论自由”的边界何在？就在这种长期不懈的博弈之中，在法理观念持续的进步之中。与过往的美国言论自由与法律演进史著述相比，刘易斯的这部专著可能因为主旨所在，对前两个原则着墨甚多，却极少涉及后两个原则，也造成后半部的内容有些纷乱，不能不说是一个缺憾。

（文章来自东方早报上海书评版）

【原文链接】 【回到目录】

8-7 吴飞：从“明显而即刻的危险”规则看美国的言论自由



吴飞，浙江大学传媒与国际文化学院院长。

“

要为镇压言论提供理由，就必须存在畏惧的合理基础：一旦实行言论自由，严重危害就将发生；所忧虑的危险必须迫在眉睫，并且所要防止的危害必须是十分严重的（relatively serious）……

”

“明显而即刻的危险”是美国人最为熟悉的司法标准之一，在宪政学说中占有相当重要的地位。该规则出台以后，围绕它的论争就没有停止过，一些学者认为这一原则明显有违于第1修正案，因而是违宪的，但也有一些人对此持赞同的态度。

一、“明显而即刻的危险”规则产生的背景

第一次世界大战前后，左派势力对美国政府的一些做法提出尖锐的批评，并且号召人们反对美国政府的备战政策。为此美国国会于1917年制订了《反间谍法》（Espionage Act）。该法确认了3项新的犯罪活动：“在合众国参战时，（1）任何人不得企图以故意制造或传达虚假报道或错误陈述来干涉合众国军事行动的成功或促使敌人成功；（2）任何人不得故意引起合众国军队的违抗、不忠、兵变或拒绝履行使命；（3）任何人不得故意阻碍合众国的征兵计划，以损害合众国或其服役。违者可被判罚不超过10,000美元罚款或不超过20年的监禁。”[1] 此后，美国政府根据该法精神，指控左翼势力阻碍政府征兵的言行。

1919年出现了有名的“抵制征兵第一案”（Schenck V. U.S.），该案的被告查里斯·申克（Schenck）是美国社会党总书记。在该党散发的传单中，呼吁人们“不要向恐吓投降”，号召美国公民索求自己的权利，指责美国政府无权把美国公民送往国外去枪杀其他国家的人民。联邦政府认为申克在鼓动抵制征兵，因此据《反间谍法》对他加以指控。在地区法院审讯后，大陪审团裁决被告有罪。申克认为《反间谍法》违背了第1条宪法修正案对言论自由的保护，上诉到联邦最高法院。联邦最高法院一致认定申克构成犯罪。霍姆斯法官



（J. Holmes）为最高法院首次确定了“明显而即刻的危险”的司法原则。他在解释高等法院作出这一判决的理由时指出：

“我们承认，被告传单所说的一切，若在平时的许多场合，都属宪法所保障的权利。但一切行为的性质应由行为时的环境来确定。即使对自由言论最严格的保护，也不会保护一人在剧院谎报火灾而造成一场恐怖。它甚至不保护一人被禁止言论，以避免可能具有暴力效果。每一个案件中，问题都是，在这类环境中所使用的那些言论和具有这种本性的言论是否造成了一种明显和即刻的危险（Clear and Present Danger），以致这些语言会产生国家立法机关有权禁止的那些实质性罪恶。它是一个准确性和程度的问题。”[2]

霍姆斯认为，当一个国家处于战争状态时，许多在和平场合可以说的话就会对它的努力构成如此的障碍，以致于只要人们还在战斗，他们的意见就不会受到容忍，而且任何法庭都不会把它们看作是受宪法权利保护的。人们似乎承认，如果这些言论被证明会对征兵产生一种实际妨碍效果，那么，对于导致这种效果的言论可以追究法律责任。

此案的裁决是美国高等法院关于言论出版自由作出的第一个重要裁决[3]，“明显而即刻的危险”原则开创了美国联邦最高法院设定言论自由之司法标准的先河。在此之前，国会曾制定了一个管制言论自由的法律——1798年的危害治安法，也引起了一些讼案，但都没有上诉到最高法院，也就不可能产生对它的合宪性进行司法审查的问题。但公众舆论对该法的抨击却自始就非常激烈，肯塔基州甚至还通过了一个谴责该法的决议。1798年的危害治安法至1801年3月3日效期届满。自此以后一个多世纪国会未制定管制言论自由的立法。1917年《反间谍法》的出台始为联邦最高法院设定言论自由的司法标准提供了契机。

从申克诉合众国案对“明显而即刻的危险”表述的上下文分析，联邦最高法院对言论自由的立场有以下几方面的意义：一是第1条修正案所保护的言论自由不是绝对的权利，国会得制定关于言论自由的法律；二是对言论自由的保护，可作和平时期与战争时期之分，而不是不分背景、场合、时间概无差别；三是对言论自由以保护为原则，以限制为例外；四是确定一项绝对的标准是困难的，在涉及到言论自由的讼案时，言论是否要承担责任得视发表言论的性质和当时的环境而定。如果认定霍姆斯在该案中已经很有目的地重新阐述第一条修正案的原则，这是值得怀疑的。[4] 实际上，他似乎采用了当时流行的“不良倾向”原则，因为他说：“如果一项行为（发表言论或传播文件），它的倾向和意图都是相同的，那么我们就没有理由说，只有根据效果才可给这项行动定罪。”可以看出霍姆斯对这一原则的理解也不是非常清晰的，另一位自由主义的大法官布兰代斯（J. Brandeis）在后来的案件中对这一原则作了进一步阐述（后文将作介绍）。事实上，“明显而即刻的危险”作为一项原则经历了一个发展和培育时期。大致说来，从提出至1940年属于培育时期，1940年以后则日渐风行。



二、“明显而即刻的危险”规则在司法实践中运用

由于霍姆斯对“明显而即刻的危险”规则的陈述尚有不少模糊之处，因此在“明显而即刻的危险”原则培育时期，联邦最高法院对言论自由的讼案适用多个原则。弗洛维克诉合众国（Frohwerk V. U.S 1919）案适用了“可能的影响”（probable effect）原则，德伯斯诉合众国（Debs V. U.S）案适用了“自然倾向”（natural tendency）原则，在1920年的舍弗诉合众国（Schaefer V. U.S）案和皮期诉合众国（Pierce V. U.S）案适用的是“恶劣倾向”（reasonable tendency or bad tendency）原则。但美国国内不少自由主义学者对霍姆斯提出的这一原则感到灰心，一些学者包括霍姆斯的同事对他提出了非常严厉的批评。[5] 也许正因为如此，霍姆斯法官后来部分修正了自己的观点，并在8个月后的另一个案件亚伯拉罕诉合众国（Abrams v. United States）中发表了以下著名的反对意见：

“针对战争所特有的危险，自由言论权利的原则从来是一致的。只有那些能即刻产生危害的危险，才能授权国会去限制不影响私人权利的见解表达。国会自然不得禁止国人交换思想的一切尝试……一旦人们理解时间曾推翻一度富有战斗力的许多信念，他们终于……坚信：他们所期望的至善，唯有通过思想的自由交流（Free Trade）才比较容易获得；也就是说，对某种思想是否是真理的最佳检验方法，就是将其置于自由竞争的市场上，让大众决定是否要接受该思想为一真理。……政府认为，第1修正案通俗读物普通法继续禁止煽动性诽谤。我全然不同意这种论点；历史是反对这种论点的。我看到，合众国在多年来一直为1789年的《反煽动法案》忏悔，并偿还它施加的处罚。把危害留待时间来纠正，有时确实会构成直接危险；只有这种紧急情形才能为[第1修正案]绝对命令提供任何例外：‘国会不得制订任何法律……去剥夺言论自由’[6]。” 霍姆斯法官在这次辩论中强调了思想应该在思想的自由市场进行自由交换的观念，这其实是西方自由主义思潮的延续。不过事实表明，即使自由主义思想在西方思想发展史上颇有渊源，但在当时的美国法官当中，这种思想并没有在实践中得到切实的贯彻，霍姆斯和另一位法官布兰代斯的观点仅属于少数派的意见。因此尽管他们对征兵第四案持有不同的意见，但法院多数意见还是作出了被告有罪的判决。

一战以后，联邦政府虽然失去了控制左派言论的理由，但此类控制并没有减轻。在1925年的Gitlow v. New York一案中，左派人士因在《革命时代》杂志上发表“左翼宣言”，鼓吹阶级斗争和革命暴力而受到惩罚。联邦最高法院在判决意见中主张对言论自由得作事前的限制，所谓“潜隐的革命火种一经点燃，可以酿成有席卷之势和毁灭性的火灾。因是之故，政府基于保护公共和平和安全的必要考量之判断，不待其燎原而及时扑灭火花，就不能说是专断或无理的行动。”最高法院的判决意见称：“言论和新闻自由并不保护任何人去扰乱公共治安或企图颠覆政府。它并不保护具有危险倾向的出版和教学，去颠覆或危及



政府、或妨碍或阻止政府履行职责。它也不保护鼓动用暴力推翻政府的刊物；如果作品发表具有推毁组织社会的倾向，那么处罚这类作品对保障自由和国家稳定而言都是必不可少的。如果言论公开宣扬用暴力和其他非法手段，来推翻合众国和州的代议制和宪政形式的政府，那么国家就可以对它施加惩罚。"[7] 我们可以看出，这次判决中，"不良倾向"的原则又占有主导地位。与判决意见相左，霍姆斯认为："申克诉合众国案全体法官一致认可的标准适用该案。显而易见，大家公认与被告持相同的观点的人是少数，没有蓄意以暴力推翻政府的明显的危险。[8]"

1927年Whitney v. California一案，布兰代斯法官在一项并行意见（这项并行意见比最高法院的意见有更大的影响）中提出了一项对危险检验的说明，它比申克方案在更大的程度上保护了表达自由。他指出："对严重伤害的恐惧本身，并不能为自由言论的压制提供理由；人们曾因害怕巫婆而焚烧妇女。言论本身的作用就在于把人们从非理性的恐惧中解脱出来。要为镇压言论提供理由，就必须存在畏惧的合理基础：一旦实行言论自由，严重危害就将发生；所忧虑的危险必须迫在眉睫，并且所要防止的危害必须是十分严重的（relatively serious）……如果宣扬违法并未构成煽动，且没有证据表明这类倡议将被立即实施，那么无论在道德上应该受到何种遣责，宣扬违法并不能成为剥夺自由言论的理由。我们必须记住宣扬与煽动、准备与企图、集会与阴谋之间的区别。要发现明显而即刻的危险，必须证明即刻的严重暴力可被预期或受到鼓动。[9]"

布兰代斯强调"明显而即刻的危险"指的是那些不但非常可能即刻发生，且事件的发生还具有"严重危害"的程度。否则，言论自由就受第1修正案的保护，而不受联邦或各州政府的禁止。布兰代斯的理念是，某种犯罪的危险是"如此临近发生的(imminent)，以至于在我们有机会对之进行充分的讨论之前，它就可能会发生。如果我们还有时间通过讨论去揭示、通过教育过程来避免这种犯罪的虚假性与虚谬性的话，那么我们可以运用的补救方式，就是允许人们有更多的言论（more speech），而不是以强制来让人们保持沉默。唯有紧急(emergency)情况下才可以证明压制的正当合理性，如果权威要与自由保持和谐，这必须成为规则。"他在谈到辩护性主张（而非煽动）时又说："言论有可能导致某种暴力或财产破坏的结果，这一事实并不足以证明压制言论是正当合理的。它还必须是有严重伤害国家之可能的言论。用来防止人们犯罪的方式通常是教育和惩罚违法行为，而不是剥夺人们自由言论和自由集会的权利。[10]"

进入30 和40年代后，由于社会紧张气氛相对缓和，第1修正案中对于言论自由的绝对保护似乎重新起作用，社会对政府反对派言论的指控相对较少，对此类言论的审讯也大多较为宽松。



但随着二战的结束和冷战状态的开始，美国国内对左派活动尤其是对共产主义活动又加强了控制，国会于1939年通过了《史密斯法》（Smith Act）。该法案第二条规定：“任何人不得故意鼓吹、帮助、建议或教唆他人有责任、必要或需要，去通过暴力或谋杀官员来推翻或摧毁合众国的任何政府。”在50年代和60年代，法院对言论的表达的限制更为严厉。在著名的“丹尼斯诉合众国案”（Dennis V. United. States）（1951年）中，法院多数在名义上“重述”了“明显而即刻的危险”的原则，但实际判决时又采用了极为严厉的“恶劣倾向”（Bad Tendency）的标准。首席大法官文森（C. J. Vinson）虽然指出适用“明显而即刻的危险”原则，但对该原则又作了新的解释：“本案中，我们在面对适用‘明显而即刻的危险’的原则时，必须先要确定该原则的意义。首先，我们注意到最高法院在许多案件中之所以采取此原则推翻下级法院的有罪判决，是因为那些案件中政府立法所要防止的弊害不太严重，因而不构成限制言论的正当理由。但对于主张以武力或暴动推翻政府之言论，政府确有实质的理由予以限制。在任何国家，防止政府不受颠覆乃是其根本的价值。否则国家如不能保障其免于内部武力的颠覆，则其他附随的价值，当然也无从获得保障。”[11] 文森着重强调，政府有必要对共产党的威胁做出反应；危险检验并不意味着政府“必须等待，直到暴乱就要发生，直到计划制订完毕，专等发出信号就要行动”。相反，政府可以采取行动反对颠覆政府的阴谋或企图，尽管这些企图从一开始就注定要失败。暴乱能否成功不是标准，政府也不能到迫在眉睫时再采取行动。最高法院采用了下述危险检验的新方案，这是首席大法官勒尼德·汉德在联邦上诉法院中提出的：“在每一个案件中，法院都必须提出这样的问题：‘罪恶’的严重性（考虑到其不可能实现应打的折扣）是否能证明侵犯言论自由是正确的，是避免危险所必需的。” 此案的判决有如下几个特点：一是言论的责任并不绝对要求言论造成的祸害是现实的，还可以是潜在的；二是排除了言论与言论所能造成的祸害的时间考虑，实际上等于否定了言论责任的“即刻的”限制；三是不考虑言论的环境，只要言论是法律所禁止的就予以惩罚，显然纯粹以言论的性质来论定言论的责任。显然恶劣倾向重新复活，而布兰代斯的政策又被束之高阁了。

事实上，对“明显而即刻的危险”规则的解释的分歧一直存在着，论争也一直进行着。多数法官仍然采用利益“平衡”的标准：即在政府的治安利益和第一修正案所保护的个人的言论利益之间作出平衡处理，少数法官则反对任何形式的平衡，坚持认为第1修正案对自由言论授予“绝对”保护。最后，在1969年布兰登堡格诉俄亥俄州（Brandenburg v. Ohio）一案中，最高法院正式推翻了1927年左翼党派第二案的多数决定，再次回到了布兰代斯提倡的对言论采用更为宽容的政策上来了。该案中，一名三K党首领通过电视媒介，召集地方三K党成员，在电视上辱骂黑人和犹太人，并扬言“如果我们的总统、国会和最高法院继续压制高加索白种人，我们将采取某些报复行动。我们有40万人，将于7月4日



向国会进军。”俄亥俄州法院判定该首领有罪，但该三K党首领上诉至联邦法院后，最高法院的全体意见（Per Curium Opinion）推翻了州法：

“左翼党派第二案”已被其后的决定彻底抛弃。这些决定形式的原则是：除非宣扬使用暴力或违反法律的倡议是为了煽动或制造迫切的非法行为，宪法所保障的言论自由和新闻自由就不允许一州去禁止这类倡议。

一些评论家把Brandenburg一案说成是采用了“直接煽动原则”[12] 检验，它着重于有关言论的性质。他们认为，言论自由是受到绝对保护的，但是煽动用暴力推翻政府的言论不属于第一条修正案所说的言论。这种表达被明确地排除在保护之外。另外一些评论家把该案解释为是霍姆斯——布兰代斯危险标准检验和“煽动”标准检验的结合。霍姆斯——布兰代斯危险标准检验把焦点集中在言论发生的环境上。为惩罚某种言论，讲话者必须既使用了鼓吹采取行动的语言，而且讲话的环境足以造成迫在眉睫的紧急情况，即政府要阻止的严重的实质性罪恶可能要发生。

多数学者认为，Brandenburg案所宣示的原则恢复了明显且即刻危险原则的真正意涵，同时又充实了曾经为汉德（Learned Hand）法官所主张的直接煽动原则，使明显且即刻危险原则更加完善。这样，明显且即刻危险原则包括以下几个要点：（1）言论只有在对社会秩序已经造成或极有可能造成重大而实质性的危害时，才可予以限制或处罚；（2）言者具有通过言论煽动或产生立即非法行为以破坏既存社会秩序的目的，或者说，具有如此之故意，是限制或惩罚的一个必要条件；（3）对社会秩序所产生或可能产生的破坏必须达到明显而严重的程度，才足以牺牲言论自由的利益；（4）言论之后的非法行为之产生有一种“立即性”或“可能性”，对于这种可能性，除非限制言论自由，无法阻止与避免；（5）决定社会危害性的因素主要不是言论的客观环境，而是其实际内容，客观环境乃是判断其危害性大小的参考因素。

在Brandenburg 案之后，最高法院在“平衡”标准和“绝对”保护之间确定了折衷位置。法院采取的基本方法是把言论加以分类：某些具体类型的言论——例如鼓励犯罪、商业广告以及挑衅、泄恨或淫秽言论——不受第1修正案的保护，因而立法机构可以行使权力加以限制与惩罚。其他言论——尤其是政治讨论——则列入第1修正案保护的“言论自由”范围。对于后者，只要是为了促进公共利益而采取必要措施，政府仍然可以调控言论的时间、地点或方式。然而，政府调控必须保护“内容中性”（Content Neutral）：即调控不得规定或限制言论所要表达的内容信息。对于受保护言论的“内容调控”，法院仍然沿用霍姆斯法官的“明显而即刻的危险”一词，因而要求对每个案例的实际情况作出平衡。然而，这项平衡在实际上强烈倾向于保护个人的言论自由。法院要求言论不但相当可能导致即刻危害，而且危害必须相当严重，政府才能限制受宪法保护的言论。不仅如此，“右翼



党派案"还要求政府证明被告具有损害公共利益的主观意图。不过这类证明极为困难，这项标准在实际上对言论内容给予了绝对保护。因此半个世纪之后，最高法院最终接受并超越了霍姆斯和布兰代斯法官所表达的少数意见。[13]

促使"明显而即刻的危险"原则内涵变化的因素是多方面的，但最直接也最重要的因素主要是两个：战争和共产主义运动。本世纪以来，美国向世界各地到处伸手，频频参战。为争取战争胜利的立法也就层出不穷，当然少不了对言论的管制。1917年的侦察法就是第一次世界大战的产物。1917年4月6日美国国会对德宣战，6月15日就制定该法，遂有"明显而即刻的危险"原则面世。根据战时立法确立的原则到了和平时期适用的角度由限制让位于保护，故布兰代斯在惠特尼诉加利弗尼亚一案中采取了较为大度的立场阐扬该项原则。这表明在不触及根本利益的前提下，美国统治者尚颇有几分沽自由之名的兴趣。随着共产主义运动的勃兴，到二战后大有席卷全球之势，这几分兴趣便烟消云散了。共产主义学说坦然宣称要以暴力推翻资本主义的国家机器，资产阶级确实"有理由"感到恐惧。如果说美国的统治者在共产主义运动之初（美国1919年成立共产党）还能粉饰一下自由民主的门面，那么到了本世纪40年代以后，外表的粉饰就渐渐被内心的恐惧撕破了，1940年制定史密斯法（Smith Act-Alien Registration，又称外侨登记法），1947年制定塔夫托—哈特莱法（Taft-hartley Act，又称劳工管理关系法——Labor Management Relations Act），1950年制定国内安全法（Internal Security Act亦称颠覆活动管制法——Subversive Activities Control Act），1954年制定了共产党管制法（communist Control Act），其间又有杜鲁门和艾森豪威尔两位总统迭次推行的"忠诚计划"（Loyalty Program），凡此种种无一不针对共产主义运动而作。1951年，丹尼斯诉合众国一案对"明显而即刻的危险"原则的修补正是二战后共产主义与资本主义两大阵营互相敌对的反映，当然也是联邦最高法院务统治者利益之实的表现。

三、"明显而即刻的危险"规则的理论基础

从前文的陈述可以看出，美国法院对"明显而即刻的危险"规则的理解存有分歧，而在不同的社会情形下，法官们对这一原则的理解直接左右着美国的司法实践。那么美国理论界是如何理解这一原则，而他们的分歧又是建立在怎样的理论基础之上的呢？

一） 思想、言论与行为

在讨论"明显与即刻的危险"规则时，我们有必要区分思想、言论和行动这三个不同的概念。仔细区分这三个不同的概念对我们理解美国人的思想是有帮助的。

在一端是随我们愿望而思想的权利，人与动物的区别，就是因为人有思想，人生而不给予思想的自由，无疑是在用强力来压制人性潜能的发展。思想自由包括信仰自由与意志自由。



信仰自由包括两个方面：一是宗教信仰的自由，二是政治信仰的自由。意志自由，是指行为的自我决定的自由。恩格斯指出：“意志自由只是借助于对事物的认识来作出决定的那种能力。”[14] 尽管在实践中有时有偏差，但一般认为思想不容侵犯。政府无权因思想问题而处罚人，也无权以任何方式干涉思想自由。

另一端是行为，行为是指人们根据自己的判断，为了争取和实现自己的利益而在社会中开展各种对社会利益关系和其他人产生影响的活动。在现实社会中，人们渴望行为自由，但行为自由的实质和自身规定性决定了它不可能无限度地扩张。一方面，现实社会中的所有的人都基于特定的社会关系而与其他人相互联系、相互制约。某一主体的社会活动，不可避免地会对其他主体发生这样或那样的影响。尽管人们之间有各种共同利益的存在，但共同利益并不能取代每一个单独主体的特殊利益，这是各个主体作为独立的存在所决定的。因此，另一方面，人们在基于行为自由参与社会活动时，就不得不考虑其自由的行为可能对其他社会主体利益的冲突或一致状态，谋求尽力避免妨害其他社会主体所应享有的或法定的利益，以维持既定的社会关系。总之，宪法保护我们不受政府控制地设想可以抢劫，但是我们没有宪法权利去实施抢劫行为。正如人们所说，“挥动你的手臂的权利，以不触及他人的鼻尖为止。”

言论介乎思想与行为之间。它不像思想那样的享有绝对的权利，也不像行动那样易受政府约束。淫秽、诽谤或煽动造反的（sedition）言论，或使用挑衅字眼（fighting word）的言论不属于宪法保护之列，虽然在区别是否属于这些言论范畴上还有很多问题。[15]

现在的问题是行为和言论之间的区别如何确定？爱默生教授认为言论与行动界线既清晰又模糊。他说，坚持一种信念必须视为等同于纯粹的“表达”；妨害私人名誉，公开他人隐私，应被视作一种“行动”；通过影响诉讼参与人（陪审员、证人或其他各方）的判断而妨害他人受公平审判权利的“表达”具有“行动”的实质性特征；在言论可能威胁公共秩序的场合中，若所使用的言论与行动有着不可分离的联系，即是“行动”的一部分；同样地，导致身体伤害的面对面的言语威胁，也是行动，作为行动之信号的言论也是行动，等等。[16] 爱默生教授对于影响私人利益的言论是否为“行动”的分析基本上是成功的，而对于影响公共利益的言论是否为“行动”的分析则比较粗疏和模糊。

二）自由

美国政治学教授乔·萨托利曾写道：“自由这一术语和‘我有……的自由’这一断言，体现了人类生活本身千变万化的范围和种类。”[17] 因此正如阿克顿勋爵所言：“没有什么障碍能像谈论真实自由的性质时产生的含糊与混乱那么顽固和难以克服。如果说相互敌对的利益为害甚多，那么虚假的观念为害就更多。”[18] 霍布斯根据英国人“公认的意义”对自由一词作出了评价，他在《利维坦》一书中写道：“自由权，或自由，从根本上说，



其含义就是没有……对行动的外部障碍。”关于自由，绝大多数论者都强调对其含义理解的巨大分歧。但是如果把政治自由（言论自由可以看作是政治自由的一部分）从其他自由中离析出来，就会突出一个特征：它的意义的连续性和持久性超越了时间限制。只要国家具体表现了纵向的实体，那么西方的个人在要求自由的时候，基本上总是霍布斯所说的自由：没有外部压制，摆脱外部障碍，减少强制性的束缚。这就是说，就其特征而言，政治自由是摆脱外物的自由，而不是行动的自由。孟德斯鸠在他的那部名著《论法的精神》的第11章中确定了“法律”、“自由”及“宪法”之间的三位一体的结构，并阐述了作为司法事务的法律同作为价值的自由及作为政体结构的宪法之间的关系。在他看来，法律就是“人的理性，因为它支配着地球上的所有人民；每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况”。政治自由丝毫不意味着为所欲为：在一个存在着法律的国家中，“自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不是强迫做他不应该做的事情”。实际上，“自由就是做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民可以做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他人也同样会有这种权利”（第11章第3节）。[19] 孟德斯鸠这里说的是“做”与“不应该做”的自由问题，而“做”实质上就是一种行为。而“言论”如前所述是介乎于“思想”和“行为”之间的东西，那么认为言论的自身存在一种无可限制与应该限制的进阶，当是可以接受的一种理念。

也有学者强调，区别言论与行动的实质在于界定国家行为的范围。虽然对于界定国家行为的范围的观点并不完全一致，但是自由主义学者至少具有以下这些共识：国家权力不应当是无限的。洛克、布坎南主张“有限政府”，洪堡、斯宾塞、诺齐克主张“最小国家”。特别是，自由主义学者在这一问题上形成了高度的共识，即，国家不应当干涉思想领域。这一理念落实下来，成了近代以来法律制度的基石之一。它包括以下几个部分：第一，法律调整的对象应当限于行动。第二，如密尔所言，完全涉及私人本身的行动一般不应当受到外来强制力包括法律的干涉。第三，一般而言，法律限于调整个人给他人带来非自愿伤害的行动。[20] 第四，一般而言，国家不可以通过限制言论的方式来预防非法行动的发生。[21] 适用到言论自由问题上，这些理念要求，言论唯有在本身就是或直接促成了给他人带来非自愿伤害的行动，才受制于国家法律的限制。霍姆斯法官和布兰代斯法官针对言论的自由与限制而提出的“明显而即刻的危险”规则的哲学基础盖在于此。

三） 言论保护的界限

随着时间的推移，人们认识到对所有一般性学说探讨以及对基本结构之正义及其各种政策的探讨都要得到充分的保护，这一观念已渐成共识，但颠覆性、煽动性之类的言论还是一个没有解决的问题。人们普遍认为言论自由是宪法应当保护的公民的基本权利，但颠覆性、



煽动性的言论却又应当被排除在这种保护之外，也就是说言论自由存在一个界限。那么言论的界限到底该如何确定呢，这一问题一直是美国理论思考的重要问题之一。

在Gitlow v. New York案件中，最高法院采取的原则是“自由言论和自由出版的宪法保护并不允许某个州禁止或剥夺使用暴力或犯法的主张，除非这种主张直接产生煽动或即将导致违法行动，或可能产生煽动或导致这类行动。”[22] 也就是说这种被禁止的言论必须既是有意图的、又是直接会产生非法行动并在使这一结果成为可能的环境下会引起此类行动的言论。但即使是这样的标准，也是令人担心的，正如著名的美国当代哲学家、哈佛大学教授罗尔斯谨慎地提醒人们注意的：“颠覆性主张总是一种更为完备的政治观点的一部分；而且，在所谓犯罪工团主义（许多历史情形中的法律犯罪）的情形中，这种政治观点就是社会主义，也是有史以来最为完备的政治学说……压制颠覆性主张，就是镇压有关这些理由的讨论，而这样做，也就是限制我们在判断基本结构的正义及其社会政策时，自由而明智地公共使用我们的的理性。因而思想自由这一基本自由[权]就受到了侵犯。”[23]

四） 未遂行为的法律解释

霍姆斯法官提出的这一原则是根据他在其《共同法》一书中对未遂行为的法律解释。未遂行为的法律试图在被告的行为与已经依法裁定的犯罪之间的鸿沟上架起一座桥梁。在未遂行为中，以及在与之类似的自由言论情形中，未产生严重后果的行为可以忽略不计。关于未遂行为的传统看法要求特别注意这种特殊犯罪行为的意图。在霍姆斯看来，意图之所以相关，只是因为它增加了行为者的行动将要产生实际伤害的可能性。罗尔斯指出：“当我们把这一看法运用到自由言论上来时，这一看法就具有宽容无害言论的优点，也不会证明那种对纯粹思想的惩罚是正当合理的。但是对于政治言论的宪法保护来说，这一看法就只是一个不能令人满足的基础，因为它把我们引导到只集中关注这种言论是多么危险这一方面，仿佛通过说明这种政治言论多多少少是危险的，它就成了一种很平常的犯罪。”[24]

四、美国学者对“明显而即刻的危险”规则的评价

在美国政治学者科恩看来，“民主国家中维护言论自由的条件不容许有任何例外。它适用于一切意见和一切人，不论它们或他们是多么错误和不合情理，也不论它们或他们会使多数人感到多么不快。因为是没有例外的，这种观点不仅适用于讨厌的人与意见，而且适用于那些危险的思想。”[25] 在他看来，依据言论是否具有“明显与即刻的危险”来决定是否限制这些言论表达的主张是与它所要保护的民主的精神与运行原则格格不入的。在美国学者的眼里，“明显而即刻的危险”规则存在如下几方面的问题：

第一，“明显而即刻的危险”规则模糊不清，难以准确把握。正如布兰代斯和霍姆斯在Whitney诉California一案中承认的，最高法院尚未“确定一个标准用来决定何时危险是



明显的；危险可能有多遥远及应被视为即刻的；以及什么程度上的恶行应该被认为是可以正当诉诸言论和集会自由并将作为保障的手段。”[26]

第二，即使人们普遍了解这一规则的含义，将其用于直接或间接禁止言论自由方面受到社会质疑的立法，其后果也会因战争或和平、冷战或国际关系缓和、以及繁荣世界形势萧条等外部条件的变化而异。在一种社会背景下，表达自由有可能得到第一修正案的保护，在另一种社会情况下又可能被拒绝给予保护，而且，除非法院认可了当事人的表达，否则，言论或出版者不会知道其具体表达是否可以得到保护。而且表意人可能会为他无法预见的结果承担责任，不仅对表意人不公平，也易造成“寒蝉效果”（chilling effect），“因此‘明显而即刻的危险’标准也可能产生使边缘写作或议论失去信心的作用。”[27]

第三，民主即公民可以有效地参与管理，要做到这一点就要准许他们就共同关心问题听取一切意见，其中当然包括某些被认为是危险的意见。否则是不利于他们作出明智的决断的。而民主所依靠的正是公民的智慧，而不是别的什么。宪政学者史蒂芬·霍姆斯指出：“民主就是通过公众讨论来进行统治，而不仅仅是贯彻多数派的意志。公众意见的分歧是符合民意的政府的必要手段。不是任何‘意志’，而只能是经过激烈的普遍的讨论而形成的意志才应该给予最高的权威。因而受法律保护的反对权是民主政府的基本规范；它为民主的公众意志的形成提供了一条基本的前提。如果不存在威胁或不会被剥夺生命，公民必定能够发表和公开捍卫其异端性的政治主张。如果不存在有关异议不受处罚的制度保障，同意是没有意义的。如果缺乏组织和保护公众辩论的规则，人民主权也就毫无意义。”[28] 如果一个国家要通过压制与检查才能“保全”，所挽救的可能不值得一救。剥夺自由就可能毁灭我们打算保全的这一制度。压制言论自由必然（在其实行范围内）否定它宣称要保护的民主。从这一层面上看，“明显与即刻的危险”规则“干扰了这种智慧，也就削弱了民主。”[29]

第四，“明显与即刻的危险”规则的背后是对人民缺乏基本的信任，对人民判断能力缺乏信心。然而民主要求尊重的正在于此——正是由于对公民的信心才有理由把社会的最高决定权置于他们手中。如果认为危险时期社会成员即不可信任，任何以此为前提的主张是和民主不相容的。科恩指出：如果某些意见太危险而不准发表，或某些人太危险而不准有言论自由，谁替社会来做这些决定呢？凡持此种观点的虽未明言，却已假定某些人可以听取那些难应付的人的意见而不受危害，但其余的人必须禁止接触，以免感染。简言之，他们所假定的正是民主所否定的——因为广大人民无能自治，他们需要一伙聪明的统治者以保护他们免受“危险思想”的侵害。“明显与即刻的危险”规则是公然与民主为敌。[30]

第五，任何限制言论自由的观点都是以国家的安全为依据的，他们往往认为言论如果不利于国家的安全，法院就有权对发表意见的人加以惩罚。按照这一假定，如果某些人或某些



意见不加禁止，整个社会即处于危险之中。这一前提显然是荒唐可笑的。国家的幸福与安全从不系诸于禁止任何人或任何党说话。如果一个国家真的如此不稳固，我们说应当对其政策的明智与公正表示严重关切，而且要更急于听取一切可能与政策有关的意见。[31] 正如罗尔斯所言：“一个得到适度而良好管理的民主社会的基本制度不会如此脆弱或如此不稳定，以至于会仅仅用颠覆性的主张就可以颠覆之。确实，在这样一个社会里，一位明智的政治领导者会把这种主张看作是一种警告，它使他意识到，可能有必要进行某些根本的变革。而他部分是从那种用来解释和证明抵抗和革命之主张的更为完备的政治观点中，了解到需要做些什么样的变革。”[32] 也许正是持有同样的理念，布兰代斯在前文所引的一份判决的不同意见书中表达出了一种以“言论对抗言论”的思想，他说：“如果我们还有时间通过讨论去揭示、通过教育过程来避免这种犯罪的虚假性与虚谬性的话，那么我们可以运用的补救方式，就是允许人们有更多的自由言论，而不是以强制来让人们保持沉默。”它提示我们，一般而言，清除某种言论弊害的方式不是压制言论，而是鼓励更多的言论，抑制言论自由副作用的途径不是压制自由，而是促进更大的自由，通过言论的自由流动以及在此过程中所迸发出的人们理性与智慧来达到激清扬浊、自我净化的效果。只有在除了限制与惩罚之外别无其他方法抑止言论所带来的弊害的情况下，才可以限制与惩罚言论。限制与惩罚应当被视为一种最简单、最粗暴和最后的策略。

五、总结

今天，人们虽然抛弃了最初意义上的“明显而即刻的危险”标准，但这种思想还有相当深厚的理论基础和现实土壤，因而我们不能下断言说美国司法实际中将不会重新回到“左翼党派第二案”中采取的对言论采取的严厉的控制的“明显而即刻的危险”标准，即“不良倾向”标准。因为到目前为止，“尽管自由言论对民主政治具有重大价值，有些人似乎认为，只有同意自己意见的人才有言论自由。当容忍原则表现为一般的、抽象的形式时（例如，‘你是否信奉言论自由？’美国人绝对支持这些原则。一旦问题或矛盾变得比较具体时，美国人对言论自由就表现为很低的水平的支持。不仅四个美国人中有三个人‘当问到是否知道第一修正案是什么……或它讲什么问题时，茫然无知’，而且几乎40%的公众愿意看到对报纸加严格的管制。）[33]

对“明显而即刻的危险”标准含义的争论反映了对危险检验本身的价值继续存在着争议。一些批评者认为，危险检验没有对第一条修正案的利益给予充分的保护，对讲话者提供的保护不比特别平衡检验提供得多。另一些批评者认为，危险检验没有对至关重要的政府利益提供充分的保护。他们认为，从功能上说，隐藏在危险检验语言中的是严格审查标准。从这种观点来看，要在国家安全之类的领域中对立法裁决进行严格的司法监督是不适当的，



因为它限制了民主意志。总之，情况很可能是这样：在过去使用危险标准检验的地方，今天法院将使用严格审查的检验。

尽管霍姆斯的规则、甚至布兰代斯在惠特尼案件中对“明显而即刻的危险”规则的陈述“都不能令人满意”。[34] 但我们认为，相比其他原则，在正确理解与适用之下，“明显而即刻的危险”原则可以较好地保护言论自由，可以说是在言论自由与国家利益（或其它利益）之间作出一种平衡的有效尝试。当然，我们在分析这一原则时，要注意到它不能脱离其他的制度条件而孤立地发挥所期望的作用。至少到目前为止，我们认为对于言论自由的保护与限制问题想制订出一个尽善尽美的原则是困难的，一个能够彻底地满足两种对立利益的原则也是困难的。对于某一言论的保护与限制，“根本的问题是我们讨论的这种言论和这种言论在民主政体中所具有的作用。”[35] 罗尔斯指出：要检验这一原则必须区别“一种必要的宪法危机”与“一种紧急情况”之间的不同。在紧急情况下，有一种即刻的或预见的严重伤害（政治的、经济的和道德的伤害）国家甚至是毁灭国家的威胁。比如说，国家处于战争状态和出现这种紧急情况的事实，并不必然意味着也存在必要的宪法危机。理由是，限制或压制自由政治言论，包括颠覆性主张，至少总是意味着一种部分的民主的悬置。罗尔斯强调：“强行实行这种悬置必须是在存在一种宪法危机的情况下进行的，在这场宪法危机中，自由政治制度已经无法有效运作，或者需要必要的手段来维持这些制度。许多历史情况表明，自由民主政治制度一直都能在遇到各种严重的紧急情况时，有效地采取各种必要手段，而无须限制自由政治言论。在某些强行采取这类限制的情况中，这些限制实际是不必要的，对解除紧张情况也毫无益处。 ”[36]

因此，如果一定要使用“明显而即刻的危险”规则的语言，就必须，首先，立法所力图防止的那些实质性罪恶，必须是极为特殊的那种罪恶，也即是说，必须是造成我们失去思想自由本身，或失去其他基本自由的罪恶。其次，必须在我们除了限制自由言论之外别无选择的情况下这样做。据此罗尔斯对“明显而即刻的危险”规则提出如下要求：“即那种必然的宪法危机乃是一种使得自由政治制度无法运作或需要采取各种步骤来保护这些自由政治制度的危机。”[37]

从美国司法实践看，美国人对于自由言论的主张一直存在着较严重的分歧，一些人强调自由言论是全体公民的基本的权利，因此应受到第一修正案的绝对保护，但更多的人愿意采取一种“利益平衡”的原则，也就是从权衡政府的治安利益和个人的言论利益的角度来处理这一问题。很明显，判决案件的既不是原则，也不是符合宪法的检验标准，而是法官。原则是法官的出发点，每个案件都要求法官衡量各种因素。说的是什么？在什么地方说的？是怎样说的？说话的人的意图是什么？哪一级政府（是州政府还是国会）想控制这种言论？该级政府想怎样控制这种言论？如此等等，问题是如此之复杂。不同的法官甚至同一法官



在不同的社会情形下对类似的案件往往会做出不同的判决，并不是一成不变的模型。所以简单地认为美国公民享有绝对的言论自由或者同样简单地认为美国公民没有享有绝对的言论自由，都是不了解美国历史与现状的。

美国人洋溢着倾注国家政治和公共事务的情怀，这种情怀不仅是不断地对美国政制注入新鲜血液的源泉，也是使社会深层矛盾得以通过浅层的公开争议和零散的冲突而达到一定程度的消弥。可见人民自由情怀的培育和舒展实为自由社会的奥秘所在。我国“民不可虑始”的传统观念与之相比也就不是程度到范围上的差别问题，而是价值取向的对立了。

丰盈的自由情怀陶铸了自由的制度，两者的交互作用融会出自由的生活。无论“明显而即刻的危险”原则的本质如何、适用和操作上存在各种各样的缺陷和不足，它毕竟表明了言论问题可诉诸司法公断，应该说这种制度是与法治吻合的。对言论问题的司法裁决，不是对言论的真理性有时还包括言论的真实性作出决断，而是在维护发表言论的权利与社会秩序之间作利弊权衡。只有言论——不管是谬见还是谎言能表达出来，权衡才有前提，因此对言论自由事前限制的一般应受到排除。[38]

“明显而即刻的危险”原则至少为考察美国的言论自由提供了一个视角，而该原则作为司法上的标准，对它的解读应是能真切地把握隐藏于其后的宪政文化的精神的。《牛津法律大辞典》在“公民权或公民自由权”这个条目中的一段话甚是公允：“公民在特定的政府和法律制度下享有什么公民权或自由权问题，部分取决于宪法、法律和判例赋予了哪些公民权或自由权，但也取决于，并且经常更重要地是取决于这些权利或自由在实际中怎样被解释，取决于它们在多大程度上能被获得和实行。”[39]

联邦最高法院在适用“明显而即刻的危险”原则时探求的是崇尚自由的理想与务实的步骤相结合的路径。既不囿于抽象的原理原则，也不盲目附合现存法律对言论的管制。联邦最高法院仿佛是美国这只船的压舱物，使得美国社会的行进于动荡中还有稳健。

本文从“明显而即刻的危险”这一规则入手，有利于我们更深一层地了解美国人对于言论自由的理解，对我国制订新闻传播法也有一定的借鉴意义。

注释：

[1] John D. Zelezny: Communication Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media, Wadsworth Publishing Company, 1997, P74.

[2] Wayne Overbeck: Major Principles of Media Law, Harcourt Brace College Publishers, 1997, P46-47.

[3] 李道揆著：《美国政府和美国政治》（上册），商务印书馆1999年版，第132页。



[4] 林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社股份有限公司1994年版，第174-175页。

[5] Don R. Pember: Mass media law, Wm. C. Brown Publishers, Dubuque, Iowa, 1987, P61.

[6] T. Barton Carter、Marc A. Franklin、Jay B. Wright: The First Amendment and the Fourth Estate, Foundation Press, 1985, P46.

[7] Douglas S. Campbell, The Supreme Court and the Mass Media, New York, Westport, Connecticut London, 1990, p200.

[8] Ronald P.Rotunda and ofhers: Modern Constitutional Law,WestPublishing,Co.,1989,P.728.

[9] T. Barton Carter、Marc A. Franklin、Jay B. Wright: The First Amendment and the Fourth Estate, Foundation Press, 1985, P48.

[10] 转引自约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社2000年版，第373页。

[11] 341 U.S. at 508.

[12] "直接煽动原则"（Direct Incitement Test）由汉德（Learned Hand）法官在1917年的Masses Publishing Co v. Pattenr提出的。当时主导原则是恶劣倾向原则，汉德担心恶劣倾向原则由陪审团衡量客观情况，再对所涉及的言论可能产生的危险作出预测，这一做法可能对表达自由的保护产生相当大的威胁。而根据汉德提出的"直接煽动原则"，某一言论是否要受保障，完全取决于该言论的内容。如果表意人以言论直接地煽动他人做违法行为（direct incitement to illegal action），则可予以限制或处罚；如果只是单纯地批评法律或政策，并不构成直接煽动。汉德认为言论本身可能导致的效果，对于决定该言论是否应受保障，并非重要因素。

[13] 张千帆著：《西方宪政体系》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第381页。

[14] 恩格斯：《反杜林论》，载《马克思恩格斯选集》，第 3卷，人民出版社1 995年版，第455页。

[15] 詹姆斯·M. 伯恩斯、杰克·W.佩尔塔森、托马斯·E. 克罗宁等著：《民治政府》，陆震纶等译，中国社会科学出版社1996年版，第120-121页。



[16] Thomas I. Emerson， Toward a General Theory of The First Amendment , 72 Yale Law Review 1963, P877, 932.

[17] 乔·萨托利著：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1998年版，第335页。

[18] John Acton: Essays on Freedom and Power, New York: Meridian books 1955, P53.

[19] 转引自[意]萨尔沃·马斯泰罗内著：《欧洲政治民主思想史》，社会科学出版社1998年版，第159页。

[20] 密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆，1959年，第10、81－101页。

[21] Emerson，Toward A General Theory of The First Amendment , P930.

[22] 《俄亥俄州诉布兰登伯格》，美国第395卷；第444号（1969）之447。

[23] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第366-367页。

[24] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第370页。

[25] 科恩著：《论民主》，商务印书馆1994年版，第142页。

[26] T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L·迪、马丁·J·盖尼斯、哈维·祖克曼等著：《大众传播法概要》，黄列译，中国社会科学出版社1997年版，第9页。

[27] T. 巴顿·卡特、朱丽叶·L·迪、马丁·J·盖尼斯、哈维·祖克曼等著：《大众传播法概要》，第10页。

[28] 史蒂芬·霍姆斯著：《先定约束与民主的悖论》，录自[美]埃尔斯特、[挪]斯莱格斯塔德编《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，潘勒、谢鹏程译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第258页。

[29] 科恩著：《论民主》，商务印书馆1994年版，第142页。

[30] 科恩著：《论民主》，第142页。

[31] 科恩著：《论民主》，商务印书馆1994年版，第143-145页。

[32] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第368页。

[33] 詹姆斯·M. 伯恩斯、杰克·W.佩尔塔森、托马斯·E. 克罗宁等著：《民治政府》，第119-120页。



[34] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第369页。

[35] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第370页。

[36] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第375页。

[37] 约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，第378页。

[38] 龙显雷：美国宪政下的言论自由——“明显而即刻的危险”原则的历史分析，《法商研究》1997年第2期，第91-96页。

[39] 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第164页。

【原文链接】 【回到目录】



8-8 侯健：言论自由及其限度（节选）


侯健，复旦大学法学院教授。

“爱默生教授十分重视他称之为表达一行动（expression-action）的二分法。他指出，二者界线在很多情形下是清晰的，而在另一些情形下又是模糊的。表达通常发生在行动之中，或与之有着密切的联系，或者本身即等于行动。关键问题在于确定何谓表达，因此给予保护；何谓行动，因此要受到限制。”

3.言论自由的限度

3.1 限度的含义

如果不能恰当地说明言论自由的限度，任何支持言论自由的理论都是片面和有缺限的，既缺乏足够的说服力，也没有切实的实践意义。本文所谓的限度是指法律上的限度，而不是物质的或道德的限度。物质上的限度决定于人的认识能力，道德上的限度体现社会伦理对言者的诚实及善良的要求。而法律上的限度则说明言者可以自由地表达言论而不必担心法律之强制惩罚的界线。因此，言论自由的限度也可以说成是法律之施加于言论上的若干限制。这一部分所勉力探讨的即是何谓合理的限制。显然，这是一个密尔式的问题。[56]

“合理的限制”是一个应然问题。在涉及这个问题之前，在实然层面上分析限制的心理学和政治经济学也具有一定的意义。一般而言，人们总是认为主张和持有某种观点关系着自身的能力、尊严与荣誉。若所持观点被表明为非时，大多数人会感到良好的自我感觉的丧失。常人难以做到闻过则喜，不愿意看到自己的观点被驳倒、被证明为非，希望别人能够服膺自己的见识，甚至希望用自己的意见统一所有的声音。所以人们有一种心理倾向，即拒绝、排斥甚至剥夺另一种不同声音的存在。当两个不同意见者地位平等、势力相当时，一方争取另一方的手段是说服。当一方握有权力-无论是专制的还是民主的权力时，便有可能使用法律的力量以压制对方。言论自由之限度实际上是社会中居于优势地位的一部分人所能够容忍另一部分人表达不同意见的限度。



根据马克思主义的唯物史观，在最终的和根本的意义上，物质的生产决定着思想的生产。这意味着，就普遍情况来看，言论与言论者的现实利益有着或强或弱的联系。在一定情况下，维护某种言论的最终目的乃是维护某种现实利益，压制某种言论也旨在压制某种竞争着的对立利益。统治阶级利用所掌控的公共权力以维护某种意识形态的统治地位，实质在于通过维护这种意识形态的统治地位以维护他们在政治与经济上的统治地位。在某些时候，对立观点的威胁被夸大，被消灭于未然之中。权力者手中的批判之武器具有一种转化为武器之批判的趋向。历史表明，利益多元化可以促进思想与言论的多元化，当社会的主要对立势力之间达到一种均衡态势，当各种势力认识到无法通过强力以铲除持不同意见者，当它们不愿再次经受思想与信仰冲突所引发的流血斗争，言论自由便有望成为现实。

限制的心理学和政治经济学告诉我们，没有谁真心实意地反对一切人的言论自由，而只是反对其他人的言论自由，围绕言论自由的斗争有时并不是正确与错误、善良与邪恶、高尚与卑鄙之间的斗争，而是各种利益之间的斗争。限制一方所通常标榜的那些维护真理与道德的根据可能是虚弱的，甚或是虚假的。限制与被限制的两方并没有在理性与道德上的差别，而主要是利益上的差别。当人人意识到这一点时，或许能够给予不同言论多一点的宽容。因此，我们探讨言论自由的限度，从另一方面也可以说是在探讨国家法律所可施加于言论之上的强制力的限度。

3.2.两种立场

“言论自由的限度”这一提法表明着作者的立场，即言论自由是相对的，并不是绝对的，这一利益并非可以绝对地压倒其他一切社会利益。然而，在表明作者的这一观点时，不能不提到另一种一般被称为“绝对主义”的立场。

绝对主义立场，并不像有些人所误解的那样主张言论享有压倒一切的绝对自由，而仅仅是主张某些言论享有绝对的自由。米克尔约翰是一位著名的绝对主义论者。他认为，言论自由实质上所保障的是人们参与自治的权力。因为自治的权力是绝对不可以被在自治的过程中推举出的政治代理人限制的，所以言论自由也是不可限制的。所不可限制的言论并非一切的言论，而仅仅是与自治事务有关的“公言论”，即那些涉及到必须由大众直接或间接投票表示意见且与公益有关之公共问题的“政治性言论”（political speech）。[57]米克尔约翰后来将绝对保护范围扩展至有关教育、哲学和科学、文学和艺术的言论，因为这些言论有助于开发民智，培养公民在投票时所必需的作健全和明智之判断的能力。[58]相反，与自治无关的“私言论”（private speech）则无此特权。米克尔约翰认为，“议会不但有权利，而且有义务禁止某些形式的言论”，例如口头及文字诽谤。[59]他甚至认为，“致人犯罪的言论本身即是犯罪，且必须持如是观”。[60]米克尔约翰还认为这两种表述



是不矛盾的：在严格限定之下，议会可以“调整”（regulate）公民据以治理国家的言论表达活动，但是这种“调整”并没有限制那些统治性活动的自由。[61]

罗伯特。博克教授的绝对主义立场不同于米克尔约翰之处，在于他所主张的绝对保障范围仅限于那些“纯粹而明显的政治性言论”（purely and explicitly political speech），这样的言论包括凡涉及政府之行为、政策或人事的言论，具体而言，不仅包括对政府及其官员的公益行为之评价和批评，而且包括从事政治竞选活动以及宣扬政治理念的言论。[62]

在美国，这种绝对主义的思想也影响了联邦最高法院的某些法官。例如雨果•布莱克：“我相信，第一修正案赋予了信奉任何政治制度、讨论一切政府事务和呼吁有目的地改变既存秩序的绝对权利。”[63]道格拉斯（William Douglas）：“第一修正案的表达方式是绝对的，言论自由不可限制。因此相比其他公民权利，言论自由享有一种优先的地位。”[64]戈德堡（Goldberg）：“依我之见，宪法第一和第十四修正案赋予公民和报业一种批评官员的职务行为的绝对、无条件的特权，而不管这种特权的滥用和过份行使可能带来什么危害。”[65]

绝对主义论者反对相对主义者的平衡观-平衡言论自由的利益与其他利益之间孰轻孰重以决定取舍的观点，而主张在政治性言论的领域内不存在平衡问题。实际上绝对主义也是一种在利益考量之后取舍的结果：在民主政治的领域，讨论公共事务的利益绝对地压倒了其他利益。绝对主义在学界并非是一种主流观点。上述若干法官的观点也都是出现在判决的不同或协同意见书之中，而从未成为多数意见。然而，绝对主义虽然难以被接受为处理言论讼案的法律原则，但是它对言论自由的深切关怀具有一种提醒人心的作用，它的主张也有一定的启示，即有关公益的言论、对公共事物的讨论应当受到更多的保障。 相对主义认为，言论自由可以因为其他社会的和私人的利益而受到限制，言论自由在社会的权利配置系统中应与周围一系列权利形成一种相互制约、均衡发展的形态。当言论自由与其他权利发生冲突时，相对主义论者会考量诸种冲突权利的利益份量以及保护或压制所造成的不同后果，然后进行判断给予何种权利以何种程度的保护，并可能形成适用于某些情形的一些原则。相对主义论者往往是结果主义论者（consequentialist），问题的解决不取决于抽象的权利，而取决于具体的后果。但是，多数相对主义论者并不主张一切冲突都要就事论事的解决，也强调追求一致的判断与选择方法，以增强言论者对其言论后果的预见性。相对主义思想支配了各国有关言论自由立法和司法的实践。

《公民权利和政治权利国际公约》第19条规定，“…2、人人有表达自由…。3、本条第2款所载权利之行使，附有特殊义务及责任，因此得以限制，但是，这些限制必须是由法律所规定的并且为下列所需：（1）尊重他人权利或者是名誉；（2）保障国家安全或者是公



共秩序，或者是公共健康或道德。"第20条规定："1、任何鼓吹战争之宣传，应以法律禁止之。2、任何鼓吹种族、民族或宗教的言论，构成煽动歧视、敌视或强暴者，应以法律禁止之。"《欧洲人权公约》第10条所列举的限制言论自由的事由更为详细，包括保障国家安全、领土完整或者公共安全的利益，防止混乱或者犯罪，保护健康或者道德，保护他人的名誉或者权利，防止秘密收到的情报的泄漏，维护司法官员的权威与公正等。

规定言论自由的各国宪法大都说明了这一权利的相对性。我国宪法第31条明确表示："中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民合法的自由和权利。"刑法第103条规定了煽动分裂国家罪，第105条规定了煽动颠覆国家政权罪，第249条和250条禁止散布煽动民族仇恨之言论，第221条和222条规定了对于商业性言论的限制。分则第五章第九节规定了制作、贩卖、传播淫秽物品罪；刑法第240条和民法通则第101条规定了对侵犯公民名誉权的惩罚，等等。美国宪法第一修正案虽然以绝对的口吻表达了言论自由的不可限制性，但是国会也曾通过限制言论自由的法律，而且联邦最高法院在判决中多次表明言论自由的相对性。

通常可以引作对言论自由进行限制的因素可以分为两类：公共利益和私人利益。公共利益诸如国家安全、国内秩序、社会良俗和司法权威。私人利益诸如个人之名誉权、隐私权、财产权以及受到公平审判的权利。因此我们可发现两类冲突：（1）言论自由与公共利益的冲突；（2）言论自由与私人利益的冲突。解决这些冲突的方法和原则包含着言论自由的限度。

3.3.一个方法

相对主义论者在面临利益冲突问题时广泛采用"利益衡量法"（the balancing of interests formula）。它作为一种分析和解决冲突的办法，其学术传统源于庞德的社会学法学。庞德在对人类各种需要和利益进行详细的分类之后，注意到利益之间是有重叠的或冲突的，因此在制定、解释和适用法律时就会产生一些根本性的问题，即"对这些利益如何估量，对它们如何评价？用什么原则来决定它们相互之间的分量？在发生冲突的情况下，那些利益应让位？"[66]显然，庞德主张一种进行利益衡量以解决利益冲突的办法。国内一些民法学者明确提出使用这种方法，按照张新宝研究员的界定，利益衡量的方法，就是对两种或者两种以上相互冲突的利益进行分析和比较，找出其各自的存在意义与合理性，在此基础上作出孰轻孰重，谁是谁非的价值判断。[67]本文对利益衡量法的定义非常宽泛，它意指一种普遍存在的思维方式，即在现有的信息基础上对各种备选项的成本及收益进行分析以获得效用最大化的决策过程。国内一些民法学者主要将这一方法用于法律解释的过程中或用于填补法律漏洞。然而本文却将它用在在更广泛意义的（法律）制度建构上，例如用在调整公民言论自由权与政府机构及其官员名誉权之冲突的法律制度的改进上。 关于



利益衡量的准则，庞德认为是以最小限度的阻碍和浪费来尽可能满足各种相互冲突的利益；[68]苏力教授主张，在权利冲突时，法律应当按照一种能够避免较为严重的损害的方式来配置权利，或者反过来说，这种权利配置能使产出最大化。[69]所说实际上是同一道理。

然而， 也有学者反对使用这一方法，例如，林子仪教授基于基本权利理论认为，言论自由之自我表现说反对用利益衡量方法作为判断言论自由应否限制之标准；即使真的使用利益衡量的方法，那也是极端例外及不得已之手段。[70]

本文认为言论自由是一种基本权利，不可基于它的有关外在功用来赋予或剥夺它的存在，但是赞同它可以因与其他权利或利益发生冲突而受到限制。现实生活中权利或利益冲突是大量的普遍的。当面对两种权利或利益的冲突，当我们如何决定保护谁和限制谁时，很难避免求助于结果分析和利益衡量的办法。正如同尤因（A.C.Ewing）所言：“…若两个定律发生冲突，除非考虑到结果的善或恶，否则很难根据理性作出选择。无论讲真话多么重要，无论撒谎多么邪恶，但肯定还有因撒谎而使更邪恶的事得以避免的情况，难道这样的撒谎还是错误的吗？”[71]如果保护甲而限制乙所产生的是正结果，那意味是一种有条件的正确选择，否则，便是一种有条件的错误选择。当然，这里所谓“利益”必须是最广义上的，并不局限于经济性质。利益衡量法的意义在于它反对居于统治地位的一人或一集团以一己之私利代替社会利益，给予最大多数个人利益之集合利益以首要考虑地位，允许自由在与其他利益的冲突中被选择。它有助于消除我们所贯有的“无代价自由”的错误观念和对自由所作的叶公好龙式的幻想，有助于抑制我们的一种错误倾向，即，当自由特别是言论自由损及其他利益时，不假思索地限制言论自由。它提示我们，如果愿意享有言论自由则必须牺牲一些次要和暂时的利益。利益衡量法有它的自由主义根源，可以说是一种符合民主社会性质的解决冲突的办法；在一定条件下，与权利理论也是相容的。问题不在于是否明确提出使用利益衡量法，而在于如何去使用它。 因此，我们必须明确利益衡量法的缺限和局限，并采取措施努力弥补或避免。首先，利益衡量办法并不是纯粹可以保证产生客观结果的方法论，其中起决定作用的是判断者的价值观和个人经验认识。所以选择结果不免是因人而异的。例如前述苏力和张新宝使用的是同一种方法，面对的是同一个问题，却得出不同的结论，前者主张保护言论自由权，后者主张保护肖像权。[72]美国联邦最高法院在处理言论自由讼案时也发展了一种被称为“逐案权衡”的原则（ad-hoc balancing test），即在具体案件中比较言论自由与其他利益之轻重缓急，做出一个具有高度局限性的结论。[73]而且，这一原则成了最高法院的当前趋势。[74]这一原则的适用要求法官具有高度的正义感和智慧。即使这可以保证判决的公正，也使得判决结果难以预测。可以推测的是，在这一原则支配之下，言者无法确知其言论的后果，担心不测的惩罚，便可能产生一种自抑的态度，许多未必会受到惩罚的言论也受到抑制。言论自由受到不当损害。如果司法制度和法官的人品才识本来不足以保证判决的公正，这一原则还是推迟使用为好。



因此，利益衡量法的使用必须能够抑制法官不恰当的自由裁量，应当尽可能地发展出一些制度化的解决言论自由与其他利益冲突的准则。

利益衡量法的另一个重大局限是，它无法对抗一个社会中多数人的利益而保护少数人的正当利益。这一局限更多地发生在立法和行政领域。它总是倾向于将少数人的利益牺牲给多数人的利益，以获得所谓的效益最大化或最大多数人的最大幸福。它易于被居于政治、经济优势地位的人们歪曲和利用以打击、排斥他们的对立者。边缘政治理念和边缘文化意识难以在这种方法之下取得和主流理念与意识平起平坐、受到同等保护的地位。它也难以抑制一个社会以暂时利益压制长远利益的急功近利的要求。利益衡量法容易沾染功利主义的一些弊病，因此我们必须求助于对立的理论来抑制这些弊病。契约论的现代发展即是以罗尔斯（John Rawls）和德沃金（Ronald Dworkin）为代表的权利法哲学。权利法哲学尊重个人权利，强调权利的普遍性和平等性，重视正义原则而非结果，优先考虑权利而不是善，主张一定条件下的最少受惠者的最大利益，要求政府同等关心和尊重所有的人，反对将权利看作是公共福利的附属品，反对为了抽象的公共利益牺牲个人权利。[75]权利法哲学要求对那种在公共决定中以公共利益为由限制言论自由的做法进行限制。例如，不能以保护大多数人的政治理念为由压制少数人申说其政治主张，不能以维护社会稳定为由而禁止公民进行集会、游行和示威，不能以保障大众的美学情感不受触犯为由而取缔鼓吹另一种生活方式的出版物。适用权利法哲学，甚至主张有条件地保护反自由、反民主、煽动违抗法律、宣物种族敌视的言论。契约论从契约的角度论证权利；功利主义从功利的角度论证权利。契约论主张有权利即有救济；功利主义主张有救济才有权利。然而，正如同功利主义无法令人满意地解决个体权利与公众幸福之冲突一样，权利法哲学对于如何解决个体权利之冲突也贡献甚少。相比而言，功利主义更多地带有私法哲学的意味，关注个体权利之冲突的解决，追求解决结果的效益最大化；权利法哲学更多地带有公法哲学的意味，关注权力与权利之间的冲突，强调以权利对抗权力。因此，这给出一个启示：我们在解决言论自由与私人利益之冲突时，可以更多地考虑功利主义的一些启发；解决言论自由与公共利益之冲突，可以更多地考虑权利法哲学的若干提示。或许这样可以给我们寻找恰当的解决原则提供帮助。

然而，任何理论设计如果不包括恰当的制度安排，无异于空中楼阁。在一个民主社会中，在作出有关利益冲突的公共决定方面，谁是最终的衡量者？多数民众，代议机构还是司法部门？利益衡量法似乎倾向于使多数民众或者民众的代议机构成为最终的衡量者。而恰当的利益衡量需要一个超然而中立的衡量者，他掌握最终的衡量权力，拥有高度的理性和智慧，能够最大限度地考虑到相冲突的各种利益的意义以及各种明显和潜在的影响因素，能够准确地预见到各种备选方案将带来的利弊结果，善于作出一个客观、公正、最有益的决定。然而，这样的衡量者是不存在的。我们只有在现实的制度设计中分散最高的衡量权力，



一是使冲突利益各方在权力分配中都有一席之地，二是使各种权力相互制约与平衡，保证有一种反向力量和不同声音给予多数势力以更多的思考和清醒的机会。深入地探讨有关的制度设计超出本文的能力和范围，这里只补充一个实例，言论自由作为一种优先性自由或享有一种优先地位的原则在制度上源于美国对议会有关言论立法的司法审查。这一原则主张，任何明确限制言论自由的立法都必须首先被认为是违宪的并受制于比对一般立法更严格的司法审查，由此保证言论自由的利益在立法衡量中得到充分、应有的重视。[76]尽管现在联邦最高法院很少提及优先性自由原则，这一原则的实质已经被吸收在一些其他原则之中。

3.4.若干应考虑的因素

为了恰当地衡量和解决言论自由与其他利益之间的冲突，所应当考虑的因素可能是很多的。对这些因素的考虑构成了探索恰当的解决原则或规则的过程，虽然获得一个简单、统一的原则是非常困难的，但是这些考虑可以在复杂的两难处境中寻觅出一些大致明了的思路。在这些因素之中，本文所指陈者主要为以下三个方面。

（1）公共利益与私人利益

为了恰当平衡冲突中的各种利益，除了认识到各种利益的重要性之外，还必须了解它们的特点。 言论自由对于言者来说，是一种立刻显现的利益：自由无拘束的表达可能会带来一种心理愉悦，也是实现其他个人目标的手段，而对于社会来说却是一种需要假以时日方能呈现的利益，一种长远利益。从短时期来看，言论自由可能造成一定的混乱与动荡，然而，从长远看来，一个健全而有效的言论自由制度最终是有益于国家和社会的。无论是对于政体的改良、社会的繁荣与稳定，还是对于道德的进步来说，一个言论自由制度必须经过长期而持续的作用方显其功。这表明，我们不应当为了某些短期利益而压制长期利益。

个人利益与公共利益的区分仅具有形式上的意义。在一个开放、平等的民主社会中，体现在制度化的权利配置中的个人利益因其主体的无限制性而具有广泛的社会意义。[77]言论自由并非像有些人所认为的那样仅关涉着私人利益，也应当被认为寓有一种公共利益，特别是那些讨论公共问题的自由。当我们要求将私人利益牺牲给公共利益而限制言论自由时，所牺牲的则可能是一种更大的公共利益。当我们解决讨论公共问题的自由与其他公共利益-国家安全、公共秩序、社会良俗之间的冲突时，应当给予言论自由与其他公共利益相并存的最宽广的空间。这不仅因为言论自由本身即是一种公共利益，而且因为，根本而言，其他公共利益之维持有赖于言论自由，言论自由对于它们的妨碍只是暂时的、局部的和具体的。 这还意味着，讨论公共问题的言论应当比那些仅关涉私人利益的言论受到更大的保障。当然，在这两种言论之间划出一条清晰精确的界线是不可能的。但是借鉴罗伯特•博克的“纯粹而明显的政治性言论”的概念，我们总可以确定这样的几类言论：宣扬政治理念的



言论，讨论政府行为（有关立法、司法、执法的行为，具体的和抽象的行为）的言论，批评政府官员（公职行为，以及某些范围内的私人行为）的言论；还有一类领域模糊的讨论社会问题的言论。[78]

（2）言论与行动

言论是介于思想与行动之间的一种事物。思想是内心的意见、信念、见解和要求。行动是具体的行为，旨在将某种思想付诸于社会实践。言论的目的不仅在于表达思想和内心要求，而更在于将思想和信息传播于他人，使之接受和相信，在于唤起更多人的身体力行，实践这种思想。在某些情况下，言论纯粹是思想的流露，不过是思想的外在形式，与言者所欲求的行动有着遥远的距离。而在另一些情况下，言论本身即是行动，发表言论即实现了言者所欲求的现实目的。前者如宣扬一种新的政治理念或生活方式，后者如言语侮辱他人和揭人隐私。在更多的情况下，言论是介于思想与行动之间的一种事物。问题的关键在于，言论距离实际的行动有多远。 言论与实际行动之间的距离与一系列复杂的因素有关。有关言论之特点的因素可列举如下：（1）言论的内容是具体的还是抽象的。抽象地谈论一种社会制度的弊端，难以唤起现实的行动；而直接煽动的言论则与现实行动有着更密切的联系。（2）言论与行动之间的时间差。言论与现实行动的时间距离越远，言论的影响可能越小，因为这中间可能介入了其他影响因素；如果距离越近，则影响越大。（3）言论的场合也是一个判断因素。密尔曾举例说，如果有人说粮商是使穷人遭受饥饿的人，或者说私有财产是一种掠夺，这些意见是通过报纸在流传，那是不应遭到妨害的，但是如果是对着一大群麇集在粮商门前的愤怒的群众以口头方式宣传或者以标语方式宣传，那就可以惩罚而不失为正当[79].只有当言论与行动之间的因果链是直接相扣的，言论是促成行动的最主要乃至唯一的决定因素时，言论方可以为随后的行动负责。倘若言论所欲求的行动是有害于他人和社会的，构成法律惩罚的对象，那么言者亦不能辞其咎。

言者的主观状态也必须是考察的因素之一。如果有证据表明，言者积极、主动地追求其后行动的发生，言论与行动之间就可能存在着一种实质性的联系。但是，确实存在着“言者无意，听者有心”的情形，这时候，言论与行动之间仅有一种表面的联系。还有的时候，听者的行动超出了言者所期望的范围，言论与它所可能影响的范围之外的行动是一种非常遥远的联系。

上述对于言者主观状态的分析涉及到言者与行动者之间的关系。不同的关系意味着言者的不同责任，因此也必须在考察之列。他们之间的关系主要有以下几种：（1）言者与行动者为同一人或同一群人，他（们）必须为言论所表达的行动的危害负责。当实施惩罚时，所惩罚的应是行动而非纯粹的言论。（2）言者与行动者不是同一人或同一群人，但是后者的行动是前者所欲求的或并不违背其希望的。言者可能为行动的危害负责。然而，对言论的



限制和对言者的惩罚是应当在危害性行动发生之前还是在之后？若要求惩罚在行动发生之前，则须考虑其他的有关因素才能确定。（3）言者对听者的攻击性言论（fighting words）激起了后者的破坏性行动。言者不须为行动的危害负责。 爱默生教授十分重视他称之为表达一行动（expression-action）的二分法。他指出，二者界线在很多情形下是清晰的，而在另一些情形下又是模糊的。表达通常发生在行动之中，或与之有着密切的联系，或者本身即等于行动。关键问题在于确定何谓表达，因此给予保护；何谓行动，因此要受到限制。[80]爱默生具体分析说，坚持一种信念必须视为等同于纯粹的“表达”；妨害私人名誉，公开他人隐私，应被视作一种“行动”；通过影响诉讼参与人（陪审员、证人或其他各方）的判断而妨害他人受公平审判权利的“表达”具有“行动”的实质性特征；在言论可能威胁公共秩序的场合中，若所使用的言论与行动有着不可分离的联系，即是“行动”的一部分；同样地，导致身体伤害的面对面的言语威胁，也是行动，作为行动之信号的言论也是行动，等等。[81]爱默生教授对于影响私人利益的言论是否为“行动”的分析基本上是成功的，而对于影响公共利益的言论是否为“行动”的分析则比较粗疏和模糊。

区别言论与行动的实质在于界定国家行为的范围。界定国家行为的范围，一直是近代以来自由主义学者所探讨的问题。各种各样的观点，并不完全一致。但是自由主义学者至少具有以下这些共识：国家权力不应当是无限的。洛克、布坎南主张“有限政府”，洪堡、斯宾塞、诺齐克主张“最小国家”。特别是，自由主义学者在这一问题上形成了高度的共识，即，国家不应当干涉思想领域。这一理念落实下来，成了近代以来法律制度的基石之一。它包括以下几个部分：第一，法律调整的对象应当限于行动。第二，正如密尔所言，完全涉及私人本身的行动一般不应当受到外来强制力包括法律的干涉。第三，一般而言，法律限于调整个人给他人带来非自愿伤害的行动。[82]第四，一般而言，国家不可以通过限制言论的方式来预防非法行动的发生。[83]适用到言论自由问题上，这些理念要求，言论唯有在本身就是或直接促成了给他人带来非自愿伤害的行动，才受制于国家法律的限制。

（3）对限制的限制

不仅要考虑对言论自由的限制，而且要考虑对这种限制的限制。历史表明，限制的滥用与自由的滥用一样有害，甚或更为有害，而且人类有关滥用限制的历史要比滥用自由的历史长得多，有关限制自由的经验要比保护自由的经验多得多。这是因为，人们担心过份的自由远甚于担心过份的限制，限制总是超过必要的限度，造成对自由的戕害。本文所秉持的观点是，言论自由是一项重要的基本权利，应当被赋予与其他利益相并存的最宽广的空间。它只应当接受为抵消其可能造成的弊害所需要的最小限制，或者说，限制应与弊害相当。这要求，如果出于对其他利益的考虑对言论自由的限制是确有必要，我们在施予这种限制时，必须仔细计算和考量，以免造成一种“外溢效应。”当然，完全没有“外溢效应”是



不可能的，[84]但是我们应当意识到这一问题，并采取必要的措施尽可能地降低“外溢效应”。这些措施属于限制的程序性因素。 首先，从限制对象来看，限制发表和传播言论的权利一般要比限制搜集和接收信息的权利严重一些。因此，当为了避免信息的散播对某种利益的损害而必须限制言论自由时，如果限制信息泄露即可以达到目的，就不必规定限制获得信息的局外人发表和传播信息。限制发表和传播信息的权利干涉了一个更重大的利益。[85]表达的权利是言论自由的核心权利。另一个更重要的问题是，限制言论内容要比限制言论形式严重得多。限制言论内容，是一种实质性的限制，而限制言论发表的时间、地点、场合一般只构成形式性的限制。借用苏力所举的一个例子来说明这个问题：一个人在影剧院放映电影时大声说话，即使他讨论的是非常重要的科学、社会或政治问题，影剧院的工作人员仍然可以请他离开。他不得以自己的言论自由权为由而侵犯他人的权利。这位自由受到限制的人仍然可以在自己的家中或适当的场合讨论他所要讨论的问题；他没有失去言论自由权，失去的只是在特定时间和场合行使言论自由的权利。这种限制没有对他的总体的、或未来的言论自由构成实质性的或根本性的限制。[86]在这个例子中，限制的根据并不是他发表了影剧院工作人员所反对的科学、社会或政治见解，这种限制的程度是与维持影剧院的宁静氛围的需要相适应的。再如，政府可以以维护交通秩序和公共安全为由限制公民的集会、游行、示威的权利，可以适当地规定集会、游行或示威的路线、时间和方式，可以划定禁止集会、游行、示威的街道和区域。但是若因为不赞同公民通过集会、游行、示威所表达的意愿而拒绝批准公民的申请，则施加一种实质性的限制，严重地侵害了公民的权利。当然，如果限制及于行使言论自由的主要途径和方式，如垄断媒体或将城市的主要干道划为禁止区域，也构成实质性的限制。 其次，从限制手段来看，不同的限制手段对言论自由的限制程度是不同的。限制手段大致可以分为两类：事前预防（prior restraint）和事后追惩（subsequent punishment）。[87]前者包括许可证制、检查制和报告制度等。后者包括刑事、行政和民事的追惩手段。许可证制是政府藉颁发经营执照的手法，决定谁是印刷媒体或电子媒体创办人，有权经营这一行业，以此防止言论自由带给统治利益的危害。持有许可证的人是为政府所信任的人，他们愿意出版政府所希望看到的东西。检查制（censorship）要求所有的手稿与校样在送上印刷机之前，送请政府书报检查官检查与核准。检者官完全依据主观认识来判断言论有否具有危害性。事前预防所限制的是言论自由的核心权利-表达的权利。限制的依据主要是主观的臆测，而不是言论所引起的现实危害。密尔顿曾激烈抨击许可证制和检查制 ，历数其种种弊害。[88]马克思也曾辛辣地嘲讽过普鲁士的书报检查制度。[89]事前预防制，特别是检查制和报告制以及对于印刷媒体的许可证制是专断的、蛮横的、非理性的制度，是对言论自由最严重和最不可容忍的侵犯。它所施予的限制总是超过实际的需要。这类制度原则上是不合理的，只可以适用于严格限定的极少数场合-如战争期间和一些特定媒体上，例如许可证制之于利用有限波段和频道的电子媒体，检查制之于电影作品。现在，事前预防制被大多数国家抛弃，事后追



惩制成为限制手段的主流。事后追惩制承认表达的自由，而又允许政府的为了其他利益的缘故抑止过份自由的危害。当言论发表以后，政府根据它所产生的或即将产生的现实弊害来追惩言论者。因此相比之下，事后追惩制所施加的惩罚有着现实基础，而非仅凭主观臆测，是一种较为合理的限制言论自由的手段。但是，第一，事后惩罚的严厉程度不能超过必要的程度；第二，事后惩罚的条件和范围必须严格精确地界定，规范性语言不能“过度宽泛”（overbreadth）和“含糊笼统”（vagueness），有关法规必须予以限制性的解释。

3.5.对一些原则的评述

学者和法官们在思考和处理言论自由与其他利益之冲突时，提出了决定应否对言论自由进行限制的检验标准或原则（test）。符合某种标准，便可以对言论自由进行限制，否则，限制便是非法或不当的。迄今为止，人们提出过很多检验标准。当然，不同的检验标准可能适用于不同的情形；在同一情形之下，不同的检验标准对言论自由提供着不同的保护。以美国联邦最高法院曾经在实践中发展出来的标准为例，学者常提到的有以下这些原则：恶劣倾向原则（bad tendency test），直接煽动原则（direct incitement test），明显且即刻危险原则（clear and present danger test），优先地位原则（preferred position test）、逐案权衡原则（ad hoc balancing test）等。[90]日本和德国的法院发展出了一些较明确的原则，如公共福祉原则、必要且最小限度原则、相当原则、必要原则和法益衡量原则等。[91]由于篇幅所限，全面评介这些原则殆不可能，本文择其要者一二评述之，而对于其他一些原则作附带讨论。本文所述原则主要包括密尔的伤害论、明显且即刻危险原则和“更多的言论”思想。

（1）密尔的伤害论

密尔《论自由》的主旨在于探讨“社会所能合法施于个人的权力的性质和限度”，按严复的译法来说，就是“群已权界”的问题。密尔的基本论点是，个人对于仅涉及其本身的行为，不受社会通过道德和法律的压力施加的约束，只有对那些对社会或他人造成了伤害的行为，惩罚不失为正当。密尔宣布说：“本文的目的是要力主一条极其简单的原则，使凡属社会以强制和控制方法对付个人之事，不论所用手段是法律惩罚方式下的物质力量或者是公众意见下的道德压力，都要绝对以它为准绳。这条原则就是：人类之所以有理有权可以各别地或集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉，唯一的目的只是自我防卫。这就是说，对于文明群体中的任一成员，所以能够施用一种权力以反其意志不失为正当，唯一的目的只是防止对他人的危害。若说为了那人自己的好处，不论是物质上的或者是精神上的好处，那不成为充足的理由。……任何人的行为，只有涉及他人的那部分才须对社会负责。在仅只涉及本人的那部分，他的独立性在权利上则是绝对的。对于他自己，对于他自己的身和心，个人乃是高主权者。”[92]



仔细分析密尔的伤害论，它包括以下一些要点。第一，当且仅当自由对社会或他人造成了“伤害”（harm）时，才可以对之进行限制，否则便是不正当的。第二，密尔有时用“影响”（affect）或“涉及”（involve）来表达“伤害”的意思。一个人无须为只影响到他本人的行为向社会负责，这里对“影响”必须作限制性的解释，“说只影响到本人，意思说这影响是直接的（directly）和最初的（in the first,instance）：否则，既是凡属影响到本人的都会通过本人而影响到他人，也未可知，那么，凡可根据这个未可知之事而来的反对也必须予以考虑了。”[93]（着重号为原文所有-引者注）。例如一个人挥霍了自己的财产，可能会对那些依赖他资助的人产生“伤害”。但这并不构成对他进行惩罚的根据。因此，不能因为私人领域内的某行为间接地“影响”或“伤害”了他人而受到惩罚。另外，行为对他人或公众有了确定的损害或者有了确定的损害之虞的时候，才受到道德或法律的约束。[94]如果行为产生出来对社会的损害仅仅源于非必然的或者推定的性质，那么对于这点点的不便利，社会为着人类自由的更大利益之故是能够承受的。[95]第三，私人领域内的行为使他人产生精神上的反感乃至厌恶，并不算作“伤害”。密尔说，“一个人若只在涉及自己的好处而不影响到与他发生关系的他人的利益的这部分行为和性格上招致他人观感不佳的判定，他因此而应承受的唯一后果只是与那种判定密切相连的一些不便。”[96]密尔强烈反对扩展道德警察的力量去侵及个人的合法自由。因此，密尔对不合流行道德观念的生活方式和有伤风化的出版物持一种不干涉的态度。

这条原则是自由主义有关自由限度的经典论述，成为其他一些原则的理论基础。它虽然一般性地适用于对个人自由的限制，但是密尔所开列的适用这一原则的自由清单中，言论自由为第一类自由，[97]所以这条原则也适用于对言论自由的限制。当然，密尔的观点自有可商榷之处，尤其前所分析的第三点引起非议良多。[98]然而“伤害论”基本上仍然是成立的，并被大多数学者接受。

（2）明显且即危险原则

明显且刻危险原则可以看作是密尔“伤害论”在法律领域内的应用，这一原则最早是美国联邦最高法院大法官霍姆斯 在Schenck v. United States[99]一案判决书中提出的。

本案系发生在美国参加第一次世界大战期间。被告社会党书记申克（Schenck）及其友人为抵制战争和征兵制度向应征男丁寄发传单，煽动他们依宪法第十三条修正案所宣称的权利反抗在军队中服役，抨击征兵制度为违反宪法的暴政。传单并举例说可用和平手段，例如以请愿方法要求国会废除征兵法。申克等人被控违反了1917年的联邦《侦察法》（Espionage Act of 1917）。[100]申克辩称，《侦察法》在本案之适用抵触宪法第一修正案言论出版自由条款，上诉至联邦最高法院。最高法院全体一致确认其有罪。霍姆斯主笔的法院判决意见云：“我们承认，被告传单所说的一切，若在平时的许多场合，都属宪



法所保障的权利。但一切行为的性质应由行为时的环境来确定。对言论自由作最严格的保护，也不会容忍一个人在戏院中妄呼起火，引起惊慌。禁令所禁止的一切可能造成暴力后果的言论也不受保护。一切有关言论的案件，其问题在于所发表的言论在当时所处的环境及其性质下，是否造成明显且即刻的危险，产生实际祸害。如果有这种危险，国会就有权阻止。这是一个是否迫近和程度的问题。当国家处于战争状态下，许多平时可容忍的言论，因其妨碍战事而变得不能容许了，法院也不认为它们是宪法所保障的权利。"[101]

明显且即刻危险原则还获得布兰代斯大法官的支持。1920及30年代两位大法官只能在判决的不同意见书中坚持其立场，但是自1937年Herndon v. Lowry[102]一案后，该原则获得多数意见的支持。至麦卡锡主义盛行的50年代，该原则被曲解以镇压美国共产党人。"明显而即刻的危险"被解释为"明显而可能的危险"，使这一原则实质上成为恶劣倾向原则。[103]明显且即刻原则之再生是在1969年联邦最高法院所作Brandenburg v. Ohio一案的判决中。

该案被告因鼓吹暴力而被控违反了俄亥俄州《有组织犯罪防治法》（Ohio 's Criminal Syndicalism Statute）。而联邦最高法院推翻了原有罪判决，认为，宪法保障言论及出版自由并不允许政府可以禁止或限制任何主张暴力或主张不遵守法律之言论，除非该主张是以煽动他人为立即非法行为或以产生立即非法行为为目的，而且只有该言论的确可能煽起或产生此种立即非法行为者，才可对之予以限制或处罚。[104]

多数学者认为，Brandenburg案所宣示的原则恢复了明显且即刻危险原则的真正意涵，同时又充实了曾经为汉德（Learned Hand）法官所主张的直接煽动原则，[105]，使明显且即刻危险原则更加完善。这样，明显且即刻危险原则包括以下几个要点：（1）言论只有在对社会秩序已经造成或极有可能造成重大而实质性的危害时，才可予以限制或处罚；（2）言者具有通过言论煽动或产生立即非法行为以破坏既存社会秩序的目的，或者说，具有如此之故意，是限制或惩罚的一个必要条件；（4）对社会秩序所产生或可能产生的破坏必须达到明显而严重的程度，才足以牺牲言论自由的利益；（5）言论之后的非法行为之产生有一种"立即性"或"可能性"，对于这种可能性，除非限制言论自由，无法阻止与避免；（5）决定社会危害性的因素主要不是言论的客观环境，而是其实际内容，客观环境乃是判断其危害性大小的参考因素。 有关明显且即刻危险原则的适用范围，佛洛德（Freund）指出"显然，这一原则源自刑法，特别是源自曾经作为学者和州法院法官的霍姆斯对刑法的分析。因为刑法与这一界线有关。这一界线是无罪之准备的结束和有罪之阴谋实施的开始。"[106]在美国，对刑事案件的处理在州权的范围之内，而法官必须区别纯粹的犯意和实际的犯罪行为，后者才是惩罚的对象。后来，这一原则在实践中的适用超出了刑法的领域，兼及对违反行政措施之言论的处理，但是核心范围仍是刑法所针对的煽动或鼓吹内乱



和违法行为之言论类型。台湾学者荆知仁总结明显且即刻危险原则的适用范围如下：（1）罢工纠察哨案（picketing cases）；（2）传教自由案（Jehovah ‘s witnesses cases）；（3）强迫向国旗敬礼案（flag-salute cases）；（4）蔑视法庭案（contempt of court cases）；（5）公共集合演说案（public assemblies cases）[107]。亨托夫（Hentoff）认为，该原则适用于以下言论：（1）煽动他人为暴力内乱行为的言论；（2）攻击性言论（fighting words）；（3）批评审判中的案件或者意在阻碍法院审判之正当程序的言论；（4）煽动他人为违法行为的言论。[108]这一原则主要是用来解决言论自由与国家安全、公共秩序之间的冲突。对明显且即刻危险原则的批评主要集中在两个方面。其一，“明显”、“即刻”、“严重性”等用语含糊不清，难以界定，实际运用仍取决于个人主观判断。其二，在这一原则支配下，必须等到实际危害的发生已迫在眉睫，才能防止，所付出的代价可能过高，或者已经无法防止危险的发生，这无异于坐以待毙。第一种批评指责它有时不能充分地保护言论自由的利益，第二种批评指责它有时不能充分保护至关重要的政府利益。前者来自学者米克尔约翰和特里克（T. Trike）、大法官雨果。布莱克和道格拉斯等人，后者来自文森（Winson）大法官、汉德法官和法兰克夫特（Frankfuter）大法官等人。

然而明显且即刻危险原则获得了大多数学者的认可。本文认为，相比其他原则，在正确理解与适用之下，这一原则可以较好地保护言论自由，又不致于置其他利益于无可保护之地。同时，我们也不要孤立地看待这一原则，它不能脱离其他的制度条件而孤立地发挥所期望的作用。一个尽善尽美的原则是不存在的，一个能够彻底地满足两种对立利益的原则也是不存在的。

（3）“更多的言论”思想的启示

美国联邦最高法院大法官布兰代斯在一份判决的不同意见书中表达了这样一种思想：“除非言论所能引起的明白的祸患是如此紧迫以致来不及充分讨论就会发生，言论所导致的危险就不应是明显且即刻的。倘若还有时间通过讨论来揭穿谎言和谬误，得以教育的方式防止祸患，那么补救的办法就是更多的言论（more speech），而非强制的缄默。”[109]

这段意见所表达的思想可以概括为一句话：言论对治言论。它的另一面即是，一般而言，不应当以行动对治言论。用我国的一句民间格言来表达，就是“君子动口不动手”。这段话本来是说明明显且即刻危险原则的“即刻”之含义的。但是它的意义超出了作为一个附带性说明的作用，具有一般的适用性。它提示我们，一般而言，清除某种言论弊害的方式不是压制言论，而是鼓励更多的言论，抑制言论自由副作用的途径不是压制自由，而是促进更大的自由，通过言论的自由流动以及在此过程中所迸发出的人们理性与智慧来达到激清扬浊、自我净化的效果。[110]它还启示我们，只有在除了限制与惩罚之外别无其他方法



抑止言论所带来的弊害的情况下，才可以限制与惩罚言论。[111]限制与惩罚应当被视为一种最简单、最粗暴和最后的策略。[112]

“更多的言论”这一思想不仅可以用于言论自由与公共利益的冲突之中，还可以有条件地用于与私人利益的冲突之中。在言论自由与名誉权的冲突之中，如果刊登不实言论的媒体在诉前主动发表了澄清事实和向受害者表示歉意的声明，法庭应当减轻媒体的责任；在媒体败诉时，承担责任的主要方式也应当这样的一个声明；一般而言，惩罚性的赔偿是应当禁止的。在言论自由与被告受公平审判权利的冲突之中，“更多的言论”思想也有着可以适用的地方。但是，它一般不适用于言论自由与隐私权的冲突。

（4）**小结。**我们可以从密尔的“伤害论”、明显且即刻危险原则、“更多的言论”思想以及前述若干应考虑的一些因素中得出处理言论自由与其他利益之冲突的最笼统最一般的原则作为一个暂时的结论，那就是，当言论自由对其他利益造成了真实而非臆测的、实质而非边缘的损害，且又没有其他手段以避免或消除这种损害时，可以对言论自由进行最小必要程度的限制。这个原则标明着言论自由的限度。

【原文链接】　　【回到目录】



主编： 方可成

编辑：黄海，施钰涵

设计：潘雯怡，张宇星

校订：李佳凝

出品人：杜婷

若希望订阅此电子周刊doc版请发空邮件至cochinaweeklydoc+subscribe@googlegroups。com；若订阅pdf版请发送至cochinaweeklypdf+subscribe@googlegroups。com；mobi版至cochinaweeklymobi+subscribe@googlegroups。com；epub版至cochinaweeklyepub+subscribe@googlegroups。com。

此电子周刊由「我在中国」（Co-China）论坛志愿者团队制作，「我在中国」（Co-China）论坛是在香港注册的非牟利团体，论坛理事杜婷、梁文道、闾丘露薇、周保松。除了一五一十周刊之外，Co-China每月还在香港举办论坛，并透过网络进行视频、音频和文字直播。2012年开始Co-China在香港举办面向青年的夏令营，第一届主题为「知识青年，公共参与」，2013年夏令营的主题是「始于本土：本土、国家、世界冲撞与协商」。

Co-China论坛网址：https://cochina.co

Co-China论坛新浪微博：CoChina論壇（http://weibo.com/1510weekly）

Co-China论坛facebook：「我在中國」（Co-China）論壇（https://www。facebook。com/CoChinaOnline）

